

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

JOAQUIM REGINALDO DE ALBUQUERQUE MACALLOSSI

EMENDAS CONSTITUCIONAIS E DIREITO ADQUIRIDO

**CURITIBA
SETEMBRO 2005**

JOAQUIM REGINALDO DE ALBUQUERQUE MACALLOSSI

EMENDAS CONSTITUCIONAIS E DIREITO ADQUIRIDO

Monografia de conclusão de graduação.
Faculdade de Direito da Universidade
Federal do Paraná.

Orientador Elizeu de Moraes Corrêa

**CURITIBA
SETEMBRO 2005**

TERMO DE APROVAÇÃO

JOAQUIM REGINALDO DE ALBUQUERQUE MACALLOSSI

EMENDAS CONSTITUCIONAIS E DIREITO ADQUIRIDO

Monografia aprovada como requisito parcial para a conclusão do Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador:  **Professor Elizeu de Moraes Corrêa**

 **Professora Angela Cassia Costaldello**

 **Professor Luiz Marlo de Barros Silva**

Curitiba, 1º de novembro de 2005.

*À Juliana, pelo amor e amizade; e ao
Lucas, cujo brilho ilumina minha vida.*

*Agradeço ao professor Elizeu de Moraes
Corrêa pela paciência e dedicação na
orientação deste trabalho.*

RESUMO

Com o presente trabalho, objetiva-se demonstrar que, no Brasil, o constituinte originário não conferiu às emendas constitucionais o poder de eliminar os direitos efetivamente adquiridos pelos seus titulares; pelo contrário, a Constituição proibiu até mesmo a possibilidade de o Legislativo discutir proposta de emenda que tenha essa tendência.

Palavras-chave: emenda constitucional, direito adquirido, retroatividade, Constituição Federal.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
1 PODER CONSTITUINTE E CONSTITUIÇÃO.....	9
1.1 Limites do poder constituinte originário.....	15
1.2 Poder reformador.....	19
1.3 Limites do poder reformador.....	22
2 A LEI NO TEMPO.....	30
2.1 Vigência/eficácia e incidência/aplicação das normas jurídicas: distinções.....	30
2.2 Os fatos e seus efeitos.....	33
2.3 Retroatividade, retrospectividade e ultratividade legal.....	36
3. DIREITO ADQUIRIDO.....	46
3.1 Breve noção histórica.....	46
3.1.1 Nas Constituições brasileiras.....	47
3.2 Significado e importância.....	49
3.3 Direito adquirido em face do poder constituinte originário.....	59
4 EMENDAS CONSTITUCIONAIS E DIREITO ADQUIRIDO.....	62
4.1 O dissenso.....	63
CONCLUSÃO.....	72
REFERÊNCIAS.....	75

INTRODUÇÃO

A Constituição brasileira, no seu artigo 5º (que trata dos direitos e garantias individuais), inciso XXXVI, determina que "a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada".

Essa garantia constitucional, em conjunto com o princípio da legalidade, previsto no inciso II do mesmo artigo, proporciona ao indivíduo que possa calcular e saber quais os resultados, efeitos, que suas atitudes e opções, podem surtir perante a sociedade em que vive, sem se preocupar com que os direitos que decorram dessas escolhas possam ser turbados por lei nova. Trata-se da segurança jurídica.

Ocorre que o constituinte, quando da elaboração da Constituição, não tem a capacidade de prever como será a realidade do futuro. Pode, no máximo, analisar o passado e fazer um prognóstico muito limitado do que será dali em diante. Sendo assim, prudentemente, e para garantir que a Constituição que está a elaborar possa perdurar mesmo com todas as mudanças que a evolução histórica possa causar, o constituinte prevê, na Carta, que ela pode ser corrigida, alterada, conforme seja necessário, através das emendas.

As emendas, por sua vez, têm sua atuação limitada pelo artigo 60, § 4º, IV, da Constituição, que as proíbe de abolir direitos e garantias individuais.

Aí surge o problema: da possibilidade ou não, de os sujeitos garantirem a permanência de seus direitos adquiridos em face de emenda que possa os afetar.

Para poder contrastar os temas, da emenda constitucional e do direito adquirido, o que é o objeto do presente estudo, cumpre, antecipadamente, entender de onde surgem e a quê se dispõem, separadamente.

Desta forma, inicialmente, tratar-se-á do poder constituinte e da Constituição, bem como da necessidade de que ela possa ser alterada quando disso dependa sua adaptação ou revitalização em face da realidade – que está em constante processo de mudança –, disso surgindo a emenda constitucional, previsão de lei que é criada, por aquele poder, com essa finalidade.

Após, far-se-á a análise do tema da sucessão das leis no tempo (que compreende a elaboração de emendas à Constituição), para que seja possível entender os fenômenos que podem ocorrer quando da revogação de uma lei por

outra; e, conseqüentemente, quais os resultados disso para as situações jurídicas dos indivíduos.

Em seguida, será estudado o tema do direito adquirido e a relevância da sua proteção frente às mudanças legislativas.

Por fim, será feita a análise do que o constituinte de 1988 quis dizer com o vocábulo "lei" do artigo 5º, XXXVI. Se ele abrange ou não as emendas constitucionais e, conseqüentemente, se elas podem ou não ferir os direitos adquiridos.

O trabalho terá como base, no seu desenvolvimento, primordialmente, a análise da doutrina acerca dos aspectos acima traçados, sendo que, ao final, utilizar-se-á o entendimento jurisprudencial atual do STF para demonstrar que a discussão não encontra alicerce apenas na teoria.

1 PODER CONSTITUINTE E CONSTITUIÇÃO

“O **poder constituinte** se revela sempre como uma questão de 'poder', de 'força' ou de 'autoridade' política que está em condições de, numa determinada situação concreta, criar, garantir ou eliminar uma Constituição entendida como lei fundamental da comunidade política”.¹

Esse fenômeno, chamado poder constituinte, permite que, quem o detém, elabore a lei que servirá de base para todo o ordenamento jurídico de uma sociedade – Estado – e, conseqüentemente, que esta tenha definidas suas características. O professor Raul Machado Horta,² trabalha nessa linha de raciocínio quando afirma em sua obra que:

pertencem à Assembléia Constituinte as grandes decisões sobre a forma de Governo e de Estado, a organização e a competência dos Poderes estatais, a fixação dos direitos e garantias individuais, a formulação de novas instituições ou o aprimoramento das instituições que a precederam. Sendo o poder inicial, a Constituinte se coloca acima dos demais Poderes e órgãos do Estado.

No final do século XVIII, com a Revolução Francesa, as enfraquecidas bases do feudalismo começaram a ruir e dar lugar à ascensão da classe burguesa no domínio político, o que fez surgir a necessidade do aparecimento de novas idéias que viessem a legitimar um poder constituinte, para que fosse possível o estabelecimento de leis que tivessem força suficiente para manter a nova ordem que estava a surgir.

Os pensamentos de Sieyès, doutrinador francês que vivia esse período histórico, tiveram grande relevância para o entendimento da necessidade de um poder constituinte legítimo. Com esse espírito, ele defende que "toda a sociedade deve ser regulada por leis e submetida a uma ordem comum"³ e ensina que "é impossível criar um corpo para um determinado fim sem dar-lhe uma organização, formas e leis próprias para que preencha as funções às quais quisemos destiná-lo.

¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Livraria Almedina, 2000, p. 59.

² HORTA, Raul Machado. Direito Constitucional. 3ª edição, Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 47.

³ SIEYÈS, Emmanuel Joseph. A Constituinte Burguesa - Que é o Terceiro Estado?. 2ª tiragem, Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988, p. 89.

Isso é que chamamos constituição desse corpo. É evidente que não pode existir sem ela".⁴

No entanto, para se tornar efetivo e aplicável o poder constituinte deve ter um titular que o exerça. Alguém que seja legitimado para fazê-lo e que tenha o interesse na sua utilização, ou seja, na criação de uma Constituição.

Ensina o mestre Sieyès que "somente a nação pode querer e, conseqüentemente, criar leis para si mesma. Qualquer um que entre no corpo legislativo só tem competência para votar pelos povos se tiver sua procuração".⁵

No entendimento de Sieyès,⁶ a nação é a reunião em "associação" dos indivíduos cada qual com suas "vontades individuais", que se consideradas desta forma (individualmente) não têm o poder de criar uma Lei que os proteja e oriente. A nação filtra, então, aqueles anseios que são comuns a todos os indivíduos, ou pelo menos à maioria deles, e disso se extrai a "vontade comum". Ocorre que:

Os associados são muito numerosos e estão dispersos em uma superfície muito extensa para exercitar eles próprios facilmente sua vontade comum. O que fazem? Separam tudo o que para velar e prover é preciso as atenções públicas, e confiam o exercício desta porção da vontade nacional, e, conseqüentemente, do poder, a alguns dentre eles. Essa é a origem de um governo exercido por procuração.

Assim, passa a existir a "vontade comum representativa"⁷ e, no caso do poder constituinte, por conseqüência, a idéia de Assembléia Nacional Constituinte, delineada na obra de Sieyès:⁸

Conhecemos o verdadeiro objetivo de uma assembléia nacional; não é feita para se ocupar dos assuntos particulares dos cidadãos. Ela considera-os como uma massa, e sob o ponto de vista do interesse comum. Tiremos daí a conseqüência natural: que o direito de fazer-se representar só pertence aos cidadãos por causa das qualidades que lhes são comuns e não devido àquelas que os diferenciam.

O que seria então a vontade de uma nação? Responde Sieyès:⁹

⁴ Ibidem, p. 116.

⁵ Ibidem, p. 109.

⁶ Ibidem, p. 115.

⁷ Ibidem, p. 116.

⁸ Ibidem, p. 144.

⁹ Ibidem, p. 141.

Resultado das vontades individuais, como a nação é a reunião dos indivíduos. É impossível conceber uma associação legítima que não tenha como objeto a segurança comum, a liberdade comum, enfim, a coisa pública. Sem dúvida, cada particular se propõe, além disso, fins particulares. As pessoas dizem: ao abrigo da segurança comum, poderei me entregar tranqüilamente a meus projetos pessoais, irei atrás da minha felicidade como quiser, certo de só encontrar como limites legais aqueles que a sociedade me prescreve pelo interesse comum em que tomo parte e com o qual meu interesse particular fez uma aliança tão útil.¹⁰

Conclui o mestre francês que “os interesses que reúnem os cidadãos são, assim, os únicos que eles podem tratar em comum, os únicos pelos quais, e em nome dos quais, podem reclamar direitos políticos, quer dizer, participação ativa na formação da lei social; os únicos, conseqüentemente, que imprimem no cidadão a qualidade de *representável*”.¹¹

Vale lembrar, utilizando os ensinamentos de Hauriou,¹² que “os representantes que exercem o poder constituinte agem como representantes da Nação e os que exercem o poder legislativo ordinário atuam como representantes do Estado”.¹³

O titular do poder constituinte é, portanto, a nação, que o exerce através de representantes que tenham sua procuração.¹⁴

Trazendo o assunto ao entendimento atual, Canotilho estabelece em sua obra que o povo,¹⁵ entendido como “grandeza pluralística” – no sentido de que o povo é constituído por “indivíduos, associações, grupos, igrejas, comunidades, personalidades, instituições, veiculadores de interesses, idéias, crenças e valores,

¹⁰ Aqui vale lembrar que a lei “protege o que existe até o momento em que o que existe começa a prejudicar o interesse comum, somente aí estão colocados os limites da liberdade individual. Eu coloco a lei no centro de um globo imenso; todos os cidadãos, sem exceção, estão à mesma distância sobre a circunferência, e ocupam nela lugares diferentes; todos dependem igualmente da lei, todos lhe oferecem sua liberdade e sua propriedade para que as proteja; e é a isso que eu chamo direitos comuns dos cidadãos, por onde todos se reúnem. [...] A lei, protegendo os direitos comuns de todos os cidadãos, protege cada cidadão em tudo, até o momento em que, o que ele quer, começa a prejudicar o interesse comum.” (Ibidem, p. 145).

¹¹ Ibidem, p. 146.

¹² HAURIU, Maurice. *Princípios de derecho público y constitucional*. 2ª edição, Madrid: Réus, p. 318, apud HORTA, p. 28.

¹³ O fundamento para esse tipo de pensamento já se encontrava presente na obra de Sieyès: “Uma representação extraordinária não se parece em nada com a legislatura ordinária. São poderes diferentes. Esta só pode se mover nas formas e condições que lhe são impostas. A outra não está submetida a nenhuma forma especial; se reúne e delibera como faria a própria nação se, mesmo composta por um pequeno número de indivíduos, quisesse dar uma constituição a seu governo”. (SIEYÈS, op. cit., p. 123).

¹⁴ “Uma lei comum e uma representação comum fazem uma nação” (ibidem, p. 72).

¹⁵ Alexandre de Moraes explica que “modernamente, porém, é predominante que a titularidade do poder constituinte pertence ao povo, pois o Estado decorre da soberania popular, cujo conceito é mais abrangente do que o de nação (utilizado por Sieyès). Assim, a vontade constituinte é a vontade do povo, expressa por meio de seus representantes” (Direito Constitucional, 12ª ed., São Paulo: Atlas, 2002, p. 56, grifos, entre parênteses, nossos).

plurais, convergentes ou conflitantes”¹⁶ –, seria o “sujeito” detentor do poder constituinte. Afirma, ainda, que “o povo concebe-se como *povo em sentido político*, isto é, grupos de pessoas que agem segundo idéias, interesses, e representações de natureza política”.¹⁷

Conclui Canotilho¹⁸ que “só o *povo real* – concebido como *comunidade aberta de sujeitos constituintes* que entre si “contratualizam”, “pactuam” e consentem o modo de governo da cidade –, tem o poder de disposição e conformação da ordem político-social.”

Entende Sieyès que os poderes e direitos que configuram uma nação e a legitimam para elaborar suas leis são inerentes a ela, não dependendo de qualquer previsão ou permissão legislativa:

A nação se forma unicamente pelo direito *natural*. O governo, ao contrário, só se regula pelo direito positivo. A nação é tudo o que ela pode ser somente pelo que ela é. Não depende de sua vontade atribuir-se mais ou menos direitos que ela tem. Mesmo em sua primeira época, ela tem os direitos *naturais* de uma nação. Na segunda, ela os exerce; na terceira, ela faz exercer por seus representantes tudo o que é necessário para a sua conservação e da ordem da comunidade.¹⁹

Quando os procuradores do povo exercem o poder constituinte, fazem não em prol de interesses próprios, mas conforme o que necessita o povo, como se fosse o próprio povo a criar a Constituição de seu país.²⁰ Agem não em nome próprio, mas em nome da nação.²¹

Nas palavras de Sieyès,²² “se precisamos de Constituição, devemos fazê-la. Só a nação tem o direito de fazê-la”.²³ E a faz através de seus representantes, os legisladores constitucionais.²⁴

¹⁶ CANOTILHO, p. 59.

¹⁷ Ibidem, p. 69.

¹⁸ Ibidem, p. 70.

¹⁹ SIEYÈS, p. 118.

²⁰ “Toda necessidade pública deve estar a cargo de todo mundo, e não de uma classe especial de cidadãos” (Ibidem, p. 75).

²¹ “A nação existe antes de tudo. Sua vontade é sempre legal, é a própria lei”. (Ibidem, p. 117).

²² E aqui são válidas as palavras do mestre Machado Horta, tendo em vista o período histórico em que viveu Sieyès: “o poder constituinte originário, na sua versão clássica de origem francesa, está vinculado às manifestações revolucionárias, visando consagrar no texto constitucional novo as alterações mais profundas que a Revolução produziu na estrutura social e econômica e na relação de poder no Estado e na Nação” (HORTA, p. 28).

²³ SIEYÈS, op. cit., p. 113.

Sieyès²⁵ ensina que "o corpo dos representantes, a que está confiado o poder legislativo ou o exercício da vontade comum, só existe na forma que a nação quis lhe dar. Ele não é nada sem suas formas constitutivas; não age, não se dirige e não comanda, a não ser por elas" – o que hoje se entende como obediência ao princípio da legalidade – e ressalta que "a esta necessidade de organizar o corpo do governo, se quisermos que ele exista ou que aja, é necessário acrescentar o interesse que a nação tem em que o poder público delegado não possa nunca chegar a ser nocivo a seus comitentes".

Para Sieyès, as leis constitucionais se dividem em duas partes:²⁶

Umas regulam a organização e as funções do corpo legislativo; as outras determinam a organização e as funções dos diferentes corpos ativos. Essas leis são chamadas de *fundamentais*, não no sentido de que possam tornar-se independentes da vontade nacional, mas porque os corpos que existem e agem por elas não podem tocá-las. Em cada parte, a Constituição não é obra do poder constituído, mas do poder constituinte. Nenhuma espécie de poder delegado pode mudar nada nas condições de sua delegação. É neste sentido que as leis constitucionais são *fundamentais*. As primeiras, as que estabelecem a legislatura, são *fundadas* pela vontade nacional antes de qualquer constituição; formam seu primeiro grau. As segundas devem ser estabelecidas por uma vontade representativa especial. Desse modo, todas as partes do governo dependem em última análise da nação.²⁷

Sieyès entendia que não havia limites para o exercício do poder constituinte originário.^{28 e 29} Trataremos adiante desse assunto.

Conforme o entendimento de Canotilho,³⁰ o primeiro ato constituinte consiste em "decidir como é que o povo vai adoptar uma nova lei fundamental – se

²⁴ "O poder só exerce um poder real quando é constitucional. Só é legal enquanto é fiel às leis que foram impostas. A vontade nacional, ao contrário, só precisa de sua realidade para ser sempre legal: ela é a origem de toda legalidade". (Ibidem, p. 119).

²⁵ Ibidem, p. 116.

²⁶ Ibidem, p. 117.

²⁷ Sieyès já tinha forte em seu pensamento que todo o poder emana da reunião dos indivíduos de maneira soberana: "Uma nação é independente de qualquer formalização positiva; basta que sua vontade apareça para que todo direito político cesse, como se estivesse diante da fonte e do mestre supremo de todo o direito positivo". (Ibidem, p. 120).

²⁸ "De acordo com a doutrina clássica de Sieyès, o poder constituinte é inicial, autônomo e incondicionado. Inicial em razão de que não existe, antes dele, nem de fato nem de direito, qualquer outro poder. Autônomo em função de que somente a ele compete decidir se, como e quando deve se outorgar uma Constituição à Nação. É incondicionado porque não está subordinado a qualquer regra" (FARIA, Luiz Alberto Gurgel de. O Direito Adquirido e as Emendas Constitucionais. Revista Trimestral de Direito Público – RTDP –, v. 22, São Paulo: Malheiros, 1998, p. 47).

²⁹ Utiliza-se o termo poder constituinte originário para diferenciá-lo do poder constituinte derivado. Aquele, competente para criar uma nova Constituição; este, para, conforme seja necessário, modificá-la.

³⁰ CANOTILHO, p. 72.

através de uma assembleia constituinte, se através de um referendo constituinte", ou pela combinação de ambos.

O professor português divide em três modelos de procedimentos aqueles passíveis de serem adotados pelo povo para efetivar seu poder constituinte: a) "assembleia constituinte soberana"; b) "assembleia constituinte não soberana"; e c) "assembleia constituinte e convenções do povo".³¹

Ensina Canotilho que se designa

procedimento constituinte representativo a técnica de elaboração de uma lei constitucional através de uma assembleia especial – a *assembleia constituinte*. Na forma representativa pura cabe à assembleia constituinte elaborar e aprovar a constituição, excluindo-se qualquer intervenção directa do povo através de referendo ou plebiscito. Fala-se, neste caso, de *assembleia constituinte soberana*.

Quanto ao segundo modelo, configura-se quando da utilização de "um procedimento constituinte representativo desenvolvido por uma assembleia constituinte não soberana quando esta é competente apenas para elaborar e discutir o(s) projecto(s) de constituição, competindo depois ao povo através de referendo aprovar o projecto elaborado pela assembleia constituinte."³²

Explica o mestre que, neste caso,

por razões políticas, o povo não delega o poder de aprovar ou de rejeitar uma constituição, de fazer intervir o povo soberano na aprovação ratificatória (ou não) do projecto elaborado pela assembleia constituinte (tese poder do povo de ratificar a constituição, tese da sanção constituinte popular). Neste sentido diz-se que o texto aprovado por uma assembleia constituinte é uma *proposta de constituição* enquanto que o voto do povo é uma *sanção constituinte*.³³

O terceiro modelo de Canotilho é semelhante ao anterior, com a diferença de que a ratificação popular não ocorre com o referendo popular e sim mediante a aprovação do texto pelas "**convenções do povo** reunidas em diversos centros territoriais".

O doutrinador português cita como exemplo para o terceiro modelo a técnica norte-americana adotada para a Constituição de 1787, em que "os delegados constituintes elaboraram na Convenção de Filadélfia um projecto de

³¹ Idem.

³² Ibidem, p. 73.

constituição que depois foi submetido ao consentimento do povo exercido em *conventions* expressamente reunidas para este feito nos vários estados da união americana". Em tal caso, o povo se reúne em convenções constituintes regionais convocadas especialmente para sancionar ou vetar um projeto de texto constitucional elaborado por uma assembléia constituinte.

Preocupa-se Canotilho em diferenciar referendo de plebiscito na aprovação de um texto constitucional. Nas palavras do professor:³⁴

Designa-se **procedimento constituinte directo** a aprovação pelo povo de um projecto de constituição sem mediação de quaisquer representantes. Este procedimento constituinte comporta também modalidades diversas. Nuns casos é submetido à 'sanção popular' numa proposta de constituição (ou de revisão da constituição) elaborada por determinados órgãos políticos (exemplo: assembléia legislativa, governo) ou por um número determinado de cidadãos (iniciativa popular). Fala-se aqui do **referendo constituinte** no sentido de aprovação de uma constituição mediante livre decisão popular exercida através de um procedimento referendário justo. Esta última precisão - procedimento referendário justo - serve para distinguir o referendo constituinte do chamado *plebiscito constituinte*.

Para Canotilho, o plebiscito é a "votação popular de um projecto de constituição unilateralmente fabricado pelos titulares do poder e dirigido a alterar em termos de duvidosa legalidade a ordem constitucional vigente".

No plebiscito a nação decide, através do voto, se determinado texto constitucional é legal e conveniente aos seus interesses, legitimando um determinado projeto constituinte de um órgão ou pessoa que o elaborou sem, necessariamente, possuir essa competência, ou havendo, no caso, dúvida quanto à real vontade do povo; com o referendo, decide-se sobre a aprovação de um texto que é legal, por ser elaborado por um órgão previamente legitimado para tal, mas que não tem competência para, autonomamente, aprová-lo.

1.1 Limites do poder constituinte originário

Ao poder constituinte originário compete a elaboração da Constituição. Como autor original da Lei, poderia ele sofrer algum tipo de limitação?

³³ Idem.

³⁴ Ibidem, p. 74.

Lembra Canotilho³⁵ que a teoria clássica francesa³⁶ considerava o poder constituinte como poder "autônomo, incondicionado e livre. Em toda a sua radicalidade, o poder constituinte concebia-se como poder juridicamente desvinculado, podendo fazer tudo como se partisse do nada político, jurídico e social (omnipotência do poder constituinte)."

Canotilho³⁷ entende que essa compreensão é rejeitada atualmente. Para ele, como o poder constituinte tem a finalidade de elaborar uma nova constituição, organizando e limitando o poder do Estado, não seria possível que essa "vontade de constituição" deixasse de "condicionar a vontade do criador". Lembra ainda que "este criador, este sujeito constituinte, este povo ou nação, é estruturado e obedece a padrões e modelos de condutas espirituais, culturais, éticos e sociais radicados na consciência jurídica geral da comunidade", estando, nesse sentido, a "vontade do povo" condicionada a tais características.³⁸ Além disso, lembra o doutrinador europeu que, atualmente, na elaboração de um texto legal interno de determinado país, mesmo que sendo constitucional, alguns princípios de direito internacional devem ser observados, como o "princípio da independência, princípio da autodeterminação" e "princípio da observância de direitos humanos".

Diz Gomes Canotilho que:³⁹

se continua a ser indiscutível que o exercício de um poder constituinte anda geralmente associado a momentos fractais ou de ruptura constitucional (revolução, autodeterminação de povos, quedas de regime, transições constitucionais),⁴⁰ também é certo que o poder constituinte nunca surge num vácuo histórico-cultural. Trata-se, antes, de um poder que, de forma democraticamente regulada, procede às alterações incidentes sobre a estrutura jurídico-política básica de uma comunidade.

Assim, "o poder constituinte, embora se afirme como poder originário, não se exerce num vácuo histórico-cultural. Ele 'não parte do nada' e, por isso, existem certos princípios - dignidade da pessoa, justiça, liberdade, igualdade - através dos

³⁵ Idem.

³⁶ Como já mencionado anteriormente quando se tratava da idéia de poder constituinte na obra de Sieyès.

³⁷ Op. cit., p. 75.

³⁸ Nas palavras de Raul Machado Horta, as limitações ao poder constituinte originário são "de natureza jurídica, sociológica, religiosa, ética e política". Para ele, tais limitações "condicionam o clima constituinte" (HORTA, p. 47).

³⁹ Op. cit., p. 75.

⁴⁰ Nesse sentido argumenta, também, o professor Raul Horta: "historicamente, o poder constituinte originário representa a irrupção de fato anormal no funcionamento das instituições estatais. Esse aparecimento está

quais poderemos aferir da *bondade* ou *maldade* intrínseca de uma constituição".⁴¹ Se ela realmente vai ao encontro dos interesses do povo ou se, simplesmente, passa por cima deles para conferir poder e atender às vontades de poucos, como ocorre nos regimes autoritários das ditaduras, por exemplo.

Vale lembrar que para essa regra de que é, geralmente, a revolução que faz surgir, bem como é o que legitima, o poder constituinte originário, encontra-se uma exceção na própria história constitucional brasileira, pois, conforme exemplo do professor Machado Horta:⁴²

A Assembléia Constituinte de 1986 possui característica que a singulariza na galeria das Constituintes brasileiras. Não é a Revolução a sua deflagradora, afastando-se, desde logo, do modelo latino da Constituinte revolucionária. A convocação da Constituinte não veio de Governo Provisório ou de Junta de Governo constituídos no coroamento de revolução vitoriosa pelas armas ou pela insurreição. A convocação processou-se na via pacífica de órgãos estatais consolidados e estáveis, como o Presidente da República, no exercício de iniciativa deferida pela própria Constituição então vigente, e o Congresso Nacional, que se elegeu em decorrência de atos eleitorais previstos na Constituição e na legislação ordinária anterior à Constituinte.

Lembra ainda o mestre que, à época, "preferiu-se adotar a forma de Emenda à Constituição, que é ato normativo superior à decisão fática, para deflagrar o processo de convocação da Assembléia Constituinte".

Conforme entende o professor Raul Machado Horta,⁴³ com relação ao poder constituinte originário, "a insubordinação é inerente a esse poder rebelde ao preordenamento jurídico e político. Não se submete a uma Constituição anterior, pois está acima da Constituição, como o criador em face da criatura". O poder de criação do constituinte originário não pode, consoante com o que entende o mestre de Minas Gerais, ser limitado por lei constitucional vigente quando da criação da assembléia Constituinte que lhe deu origem. Para Horta, o poder constituinte é prova da anterioridade do Direito em relação ao Estado.

O professor Horta⁴⁴ admite, porém (como já mencionado anteriormente), que existem ou podem existir limitações ao poder constituinte originário: "a elas não

associado a um processo mais violento, de natureza revolucionária, ou a uma decisão do alto, geralmente materializada no 'Golpe de Estado'." (Op. cit., p. 27).

⁴¹ CANOTILHO, op. cit., p. 60.

⁴² HORTA, op. cit., p. 47.

⁴³ Ibidem, p. 29-30.

⁴⁴ Ibidem, p. 32.

está imune o poder constituinte originário. Essas limitações são geralmente de menor volume material e formal, emanando da mesma fonte que, pelo ato anormal ou revolucionário, desencadeou o processo da Constituinte”. Seria então o próprio povo (através de seus procuradores), quando esboça seu anseio por uma nova Constituição, que, conforme os seus motivos e impulsos, limitariam o constituinte originário em sua tarefa.

Na história brasileira,⁴⁵ existe um exemplo para esse tipo de limitação: o Governo Provisório, instituído após a deposição do Presidente Washington Luiz pela Revolução de 1930, “endereçou três limitações materiais à atividade criadora da Assembléia Constituinte, órgão do poder constituinte originário: manutenção da forma republicana federativa, não-restrição aos direitos dos municípios, não-restrição das garantias individuais constantes da Constituição de 24 de fevereiro de 1891”. Entendendo-se o Governo Provisório, nesse caso, como o representante da nação brasileira, à época, ansiosa pelas mudanças que uma nova Lei Constitucional pudesse propiciar.

Nas palavras de Luiz Sanchez Agesta,⁴⁶ “o poder constituinte não pode ser localizado pelo legislador, nem formulado pelo filósofo, porque não cabe nos livros e rompe o quadro das Constituições. Surge como o raio que atravessa a nuvem, inflama a atmosfera, fere a vítima e desaparece”.

Outra coisa, é falar de Poder Constituinte Derivado. Este como a própria nominação está a indicar, encontra seus limites estabelecidos por antecipação, objetivando a revisão na parte em que lhe sobra competência. É por natureza, subordinado e condicionado. O seu trabalho está limitado às imposições previstas pelo constituinte originário. No tocante ao princípio da irretroatividade da lei, manifestado no inciso XXXVI do art. 5º da Constituição de 1988, o direito adquirido é inatingível pelo Poder revisor, isto porque, em estando elencado como direito individual, por força do art. 60, § 4º, não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a aboli-lo. Assim, literalmente, sequer qualquer proposta **tendente**, no sentido de extirpar esse direito, poderá ser objeto de deliberação. Preservou assim, o constituinte originário, a invulnerabilidade do direito adquirido.⁴⁷

A exposição, acima transcrita, do professor Zélio, delineia resumidamente o que será tratado. Relaciona-se o fenômeno da irretroatividade com o do direito adquirido, dando ainda a idéia de que este seja oponível às emendas

⁴⁵ HORTA, p. 32.

⁴⁶ *Princípios de teoria política*, 6ª ed., Madrid: Nacional, 1976, p. 363, apud HORTA, p. 28.

⁴⁷ SILVA, Zélio Furtado da. *Direito Adquirido: À luz da jurisprudência do STF referente ao servidor público*. Leme: Editora de Direito, 2000, p. 123.

constitucionais, que não podem prejudicá-lo. Tratar-se-á de todos esses temas, pormenorizadamente, adiante. De início, cabe trabalhar com os temas em separado, entrelaçando-os conforme o trabalho evolua.

Sendo assim, e para dar seqüência ao presente capítulo, introduz-se o item relativo ao poder de reforma constitucional, que permitirá a compreensão das possibilidades e limitações das emendas constitucionais e do que diferencia o poder que as faz surgir do poder que dá origem à Constituição, acima exposto.

1.2 Poder reformador

Embora a Lei Original seja a base legal de todo o ordenamento jurídico, não se faz possível que perpetue no tempo, infinitamente, sem sofrer adequações ou modificações que tendam a conservá-la. Na maior parte dos casos, as mudanças ocorrem para aperfeiçoar e corrigir o texto presente na Constituição, adequando-a às necessidades e à realidade histórica da sociedade por ela regulada.⁴⁸ A mudança acompanha a evolução, propondo-se a adaptar o texto constitucional, através de alterações ou substituições, à vontade do povo, detentor de todo o poder, e para quem o poder deve servir. Se uma norma constitucional se apresenta como insatisfatória, por exemplo, às finalidades para as quais foi criada, não há porque não mudá-la, fazendo com que se torne aplicável e eficaz.

Tais mudanças, para Horta, seriam possíveis através de duas formas: "a reforma constitucional, empregando esta expressão no sentido amplo, para abranger revisão e emenda, e a mutação constitucional".⁴⁹

A mutação constitucional se constitui como "a separação entre o preceito constitucional e a realidade. A realidade constitucional é mais ampla que a normatividade constitucional". Não é possível ao legislador prever todas as hipóteses de aplicação de uma norma, mudanças no meio social, político e econômico que o simples curso da história de uma sociedade pode ocasionar, fazendo com que um preceito constitucional que era válido e aplicável para a hipótese para a qual foi elaborado deixe de ser. Destarte, "a mutação consagra o uso constitucional, que acaba se sobrepondo à norma escrita da Constituição" e,

⁴⁸ "Como também, muitas vezes, em face dos diferentes interesses dos governantes, que procuram moldar a Constituição de acordo com os seus planos de administração" (FARIA, p. 47).

⁴⁹ HORTA, op. cit., p. 104-105.

sem mudanças formais no texto, altera a sua hermenêutica, trazendo à tona uma nova interpretação, uma nova norma,⁵⁰ que o torna novamente aplicável e eficaz.

Já por reforma da Constituição pode se entender procedimento que nela está previsto. O poder constituinte originário cria e dá competência ao poder de reforma para que possa proceder as mudanças na Constituição, aperfeiçoando-a conforme as necessidades que, com o passar do tempo, possam surgir. A reforma à Constituição decorre por meio do poder constituinte derivado, que não se confunde com o poder constituinte originário e com o poder legislativo ordinário, está entre eles, não possuindo o mesmo potencial criador do poder constituinte originário, mas se sobrepondo ao legislativo ordinário, exatamente por poder alterar dispositivos constitucionais.

Nas palavras do mestre José Afonso da Silva,⁵¹ mutação constitucional "consiste num processo não formal de mudança das constituições rígidas,⁵² por via da tradição, dos costumes, de alterações empíricas e sociológicas, pela interpretação judicial e pelo ordenamento de estatutos que afetem a estrutura orgânica do Estado". Já a reforma constitucional, "é processo formal de mudança das constituições rígidas, por meio de atuação de certos órgãos, mediante determinadas formalidades, estabelecidas nas próprias constituições para o exercício do poder reformador".

Para o professor José Afonso,⁵³ o termo reforma é gênero do qual emenda e revisão são espécies.

Explica Ivo Dantas que existe diferença entre os conceitos de emenda e revisão.⁵⁴

⁵⁰ Norma no sentido de entendimento que se pode extrair da lei.

⁵¹ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 15ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 63.

⁵² "A rigidez e, portanto, a supremacia da constituição repousam na técnica de sua reforma (ou emenda), que importa em estruturar um procedimento mais dificultoso, para modificá-la" (Ibidem, p. 65). Nas palavras de Canotilho, a Constituição de "tipo rígido" é a que "exige para sua modificação um *processo agravado* em relação ao processo de formação das leis ordinárias". Lembra o mestre português que, na verdade, as normas de revisão previstas em uma Carta Constitucional "não são o *fundamento* da rigidez da Constituição mas os meios de revelação da escolha feita pelo poder constituinte". O "processo agravado de revisão" é uma "garantia da Constituição", que não permite ao legislador ordinário que a modifique livremente tornando-a flexível. Diz o mestre de Coimbra que o processo agravado de revisão é "um instrumento dessa garantia – a rigidez constitucional é um *limite absoluto* ao poder de revisão, assegurando, desta forma, a relativa estabilidade da Constituição" (CANOTILHO, p. 937).

⁵³ SILVA, José A., op. cit., p. 64.

[...] Enquanto esta (Revisão) traz consigo sentido amplo, global, que poderia atingir a Constituição como um todo e de uma só vez, respeitados, evidentemente, seus *Princípios Fundamentais* e as *Cláusulas Pétreas*, a Emenda terá de ser localizada, restrita a alguns pontos, embora não se possa quantificar este conteúdo. Vale destacar que, também aqui, tanto *Princípios Fundamentais*, quanto as *Cláusulas Pétreas* funcionarão como *limites materiais* ao seu exercício.

No Brasil, como já foi cumprido o disposto no art. 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que previa uma revisão constitucional, o único instrumento possível de reforma da Constituição é a emenda, pois realizada a Revisão da Constituição, em 1993, aquela disposição foi exaurida, "não sendo mais possível outra revisão nos termos ali previstos, simplesmente porque, como norma transitória, foi aplicada, esgotando-se em definitivo".⁵⁵

Conforme José Afonso,⁵⁶ no Brasil, "a elaboração de emendas à Constituição é simples. Apresentada a proposta, será ela discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada quando obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos membros de cada uma delas". Então, "uma vez aprovada, a emenda será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem."

O Congresso Nacional é, portanto, no Brasil, o "órgão constituído"⁵⁷ que tem o poder de emendar a Constituição. Trata-se do poder constituinte instituído ou constituído, que por derivar do poder constituinte originário é também chamado de poder constituinte derivado. Cabe ao Congresso, no Brasil, a competência para emendar a Constituição.

Essa competência derivada é necessária para que seja possível a "adaptação da Constituição a novas necessidades, a novos impulsos, a novas forças, sem que para tanto seja preciso recorrer à revolução, sem que seja preciso recorrer ao Poder Constituinte Originário".^{58 e 59}

Há de se levar em conta, também, que o espírito do poder constituinte originário incorporado na Assembléia Nacional Constituinte acaba ficando viciado no

⁵⁴ Direito adquirido, emendas constitucionais e controle da constitucionalidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997, p. 6-7.

⁵⁵ SILVA, José A., op. cit., p. 64.

⁵⁶ Ibidem, p. 66.

⁵⁷ Idem.

⁵⁸ Ibidem, p. 67.

⁵⁹ Na mesma linha, Sieyès já mencionava que "a nação pode sempre reformar sua Constituição. Sobretudo, ela não pode abster-se de reformulá-la, quando é contestada". (SIEYÈS, p. 124).

momento em que esse órgão é chamado a atuar, porque é composto por membros de diferentes "tendências políticas e culturais"⁶⁰ e geralmente o momento histórico é marcado por discussões e turbulência. Conforme o que pensa Machado Horta,⁶¹ "a Constituição reflete o desequilíbrio de concepções antagônicas, e a redação, às vezes, apressada de suas cláusulas, é nela imposição das deliberações sujeitas a prazos prefixados, adotadas no tumulto das discussões em plenário numeroso e agitado pelas disputas entre Partidos e correntes políticas". Tal ambiente não é o mais favorável para a criação de um texto constitucional definitivo, com isso, a Constituição exhibe "desigualdades na redação de suas matérias e ostenta os desequilíbrios de concepções não-homogêneas", o que já justifica a previsão constitucional de reforma.

Cumprе ressaltar, porém, os ensinamentos do Konrad Hesse acerca da "força normativa da Constituição", o que nas palavras de Elival da Silva Ramos, seria "a capacidade da Constituição de se impor à realidade fática",⁶² e o perigo que repetidas reformas constitucionais pode representar:

Igualmente perigosa para a força normativa da Constituição afigura-se a tendência para a freqüente revisão constitucional sob a alegação de suposta e inarredável necessidade política. Cada reforma constitucional expressa a idéia de que, efetiva ou aparentemente, atribui-se maior valor às exigências de índole fática do que à ordem normativa vigente. Os precedentes aqui são, por isso, particularmente preocupantes. A freqüência das reformas constitucionais abala a confiança na sua inquebrantabilidade, debilitando a sua força normativa. A estabilidade constitui condição fundamental da eficácia da Constituição.⁶³

Sendo assim, faz-se clara a idéia de que limites ao poder de reforma da Constituição devem existir, com o fim de resguardar a sua força normativa.

1.3 Limites do poder reformador

Chega-se aqui a uma parte de extrema importância do presente trabalho, pois será possível demonstrar os limites impostos às emendas constitucionais, o que

⁶⁰ HORTA, p. 113.

⁶¹ Idem.

⁶² A proteção aos direitos adquiridos no Direito Constitucional Brasileiro. Saraiva, São Paulo, 2003, p. 138.

⁶³ HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição, trad. Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 22.

é vital para o desenvolvimento, adiante, do tema da oponibilidade, à elas, dos direitos adquiridos.

Ensina o professor Ivo Dantas que estando presente a sua previsão no próprio texto constitucional, "por opção do constituinte", o poder de reforma, tem "natureza de *poder de jure* (constituído e, portanto, limitado)".⁶⁴

Trata-se de um poder limitado à própria Constituição, que impõe todos os seus procedimentos.

Conforme Machado Horta,⁶⁵ caso uma determinada Constituição não disponha sobre as "limitações ao poder de revisão", sua existência se faz compatível com a de uma "Constituição Provisória" ou "Constituição em branco", pois não sendo rígida, não poderia permanecer por longo período sem perder sua essência, o que seria, para o referido professor, "inadmissível no universo constitucional".

Canotilho⁶⁶ divide em "formais" e "materiais" os limites postos à reforma da Constituição, subdividindo-os de forma muito didática como veremos a seguir.

Os primeiros limites formais mencionados pelo mestre de Coimbra são os relativos "ao titular do poder de revisão",⁶⁷ podendo recair em três hipóteses diversas. Na primeira, o titular do poder de revisão é "o órgão legislativo ordinário", ou seja, o mesmo "que desempenha funções legislativas normais, mas segundo um processo particularmente agravado". Esse "agravamento" pode consistir "na exigência de um parecer ou participação de outros órgãos, na exigência de maiorias qualificadas para a deliberação, na exigência de deliberações intervaladas no tempo,⁶⁸ na renovação dos componentes do órgão legislativo"; a segunda hipótese é aquela em que o "órgão de revisão é o legislativo, mas a revisão exige a participação directa do povo". Neste caso, as modificações da Constituição exigem a "aprovação popular através de *referendum*, preventivo ou sucessivo, facultativo ou obrigatório"; a terceira e última hipótese aventada por Canotilho é a que "o órgão de revisão é um órgão especial", podendo ter ligação com o legislativo ordinário ou ser eleito especialmente para a revisão.

⁶⁴ DANTAS, p. 6.

⁶⁵ HORTA, p. 85.

⁶⁶ CANOTILHO, p. 938.

⁶⁷ Ibidem, p. 939.

⁶⁸ Aqui Canotilho cita o exemplo italiano em que as leis de revisão são aprovadas "por ambas as Câmaras, através de duas deliberações seguidas com intervalo não inferior a três meses..." (idem).

Outros limites formais, na ótica de Canotilho,⁶⁹ são os relativos "às maiorias deliberativas". Diz o professor que quando é dado o poder de revisão ao órgão legislativo ordinário, é normal que a Constituição sujeite as deliberações de tal órgão a "*maiorias qualificadas*, demonstrativas de uma adesão ou consenso mais inequívoco dos representantes quanto às alterações da constituição". Isso ocorre no caso brasileiro, conforme acima mencionado.

Podem existir, também, os "limites temporais",⁷⁰ que asseguram "certa estabilidade às instituições constitucionais". Canotilho utiliza-se do exemplo da Constituição de seu país, Portugal, em que foi estabelecido um período de quatro anos, a partir da instituição da Constituição de 1976, em que nenhuma alteração em seu texto era permitida. Aquela Carta também previu que deveria existir um espaço de cinco anos entre "revisões ordinárias da Constituição". Como exemplo brasileiro, Alexandre de Moraes⁷¹ menciona o artigo 174 da Constituição de 1824, dizendo se tratar de "vedação, por determinado lapso temporal, de alterabilidade das normas constitucionais": "Se passados quatro anos, depois de jurada a Constituição do Brazil, se conhecer, que algum dos seus artigos merece reforma, se fará a proposição por escripto, a qual deve ter origem na Câmara dos Deputados, e ser apoiada por terça parte delles".

Outro limite formal ao poder de reforma é o pertinente "à legitimidade do órgão com poderes de revisão".⁷² Com o fim de "impedir que as maiorias parlamentares no poder assumam poderes de revisão para moldar a constituição de acordo com seus interesses", as constituições exigem, geralmente, "a renovação dos componentes do órgão legislativo através de eleições".⁷³

Por fim, no rol dos limites formais, Canotilho menciona os "limites circunstanciais".⁷⁴

A história ensina que certas *circunstâncias excepcionais* (estado de guerra, estado-de-sítio, estado de emergência) podem constituir ocasiões favoráveis à imposição de alterações constitucionais, limitando a liberdade de deliberação do órgão representativo.

⁶⁹ Ibidem, p. 940.

⁷⁰ Idem.

⁷¹ MORAES, p. 546.

⁷² CANOTILHO, op. cit., p. 941.

⁷³ Nesse sentido, Sieyès, em sua obra escrita no período revolucionário francês, já fazia menção à idéia de que os mandatos dos legisladores deveriam obedecer a um limitado período: "o corpo dos representantes deve ser renovado em um terço todos os anos". (SIEYÈS, p. 143).

⁷⁴ Op. cit., p. 941.

O professor Canotilho utiliza como exemplo o art. 284 da Constituição Portuguesa que impõe "limites circunstanciais, que proíbem a revisão da Constituição em situações de anormalidade constitucional (estado-de-sítio ou estado de emergência)".

Quanto aos limites materiais, Canotilho os subdivide em superiores e inferiores, expressos e tácitos e absolutos e relativos.⁷⁵

"Limites inferiores" seriam os referentes à matéria – constitucional ou não constitucional – que poderia ser inserida na constituição através de uma "lei de revisão". Canotilho assinala que não existe "uma *reserva de matéria constitucional*, obrigatoriamente plasmada sob a forma constitucional pelo legislador constituinte" em sede do poder de revisão, o que equivale dizer que mesmo matéria não constitucional, na sua origem, pode ser inserida no texto da Constituição através do poder derivado. Os "limites superiores" são os pertinentes ao objeto da revisão, ou seja, a quais normas constitucionais podem ser objeto de revisão. O professor Gomes Canotilho lembra que nesse caso existem limites ao poder de revisão, pois existem normas constitucionais que não podem ser objeto de emenda, é o caso das normas que constituem "o *cerne da constituição*". A partir dessa afirmação, o mestre português passa a tratar dos limites expressos e limites tácitos.

Os limites expressos são os que a própria Constituição prevê em seu texto. Nas palavras de Canotilho, "as constituições seleccionam um leque de matérias, consideradas como o cerne material da ordem constitucional, e furtam essas matérias à disponibilidade do poder de revisão".

Raul Machado Horta⁷⁶ lembra que, no Brasil, do "centro comum de imputação" – limitador do poder de reforma, que é composto pelas decisões políticas fundamentais, os fundamentos da Constituição –

dimanam, inicialmente, as matérias incluídas na cláusula da irreformabilidade do art. 60, § 4º, I a IV, da Constituição. São improponíveis no Congresso Nacional, em seção apartada de cada Casa, os temas irreformáveis, que não podem ser objeto de emenda à Constituição: a forma federativa de Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos Poderes, os direitos e garantias individuais.

⁷⁵ Ibidem, p. 942 - 946.

⁷⁶ HORTA, p. 88.

Para esse professor, as matérias "irreformáveis" não podem, de maneira alguma, sofrer mudanças através de reforma: emenda ou revisão. Continua dizendo que "poder de emenda e de revisão são poderes instituídos e derivados, instrumentos da mudança constitucional de segundo grau, submetidos um e outro ao *centro comum de imputação*, que assegura a permanência das decisões políticas fundamentais reveladas pelo poder constituinte originário". Horta trata como centro comum de imputação o que Canotilho chama de limites expressos, ou seja, os princípios fundamentais da Carta Magna previstos expressamente em seu texto e que não podem ser objeto de mudanças, sob pena de estas serem expressamente inconstitucionais.

Para o professor Horta, essas seriam as limitações "materiais explícitas", mas existem limitações "materiais implícitas", como, nos exemplos do mestre de Minas, os fundamentos do Estado Democrático de Direito, o povo como fonte de poder, os objetivos fundamentais da República Federativa, os princípios das relações internacionais, os Direitos sociais, a definição da nacionalidade brasileira, a autonomia de seus Estados Federados e dos Municípios, a organização bicameral do Poder Legislativo, a inviolabilidade dos Deputados e Senadores, as garantias dos Juízes, a permanência institucional do Ministério Público bem como de suas garantias, as limitações ao Poder de Tributar e os princípios da Ordem Econômica.

Nesse sentido Canotilho trabalha com a idéia de "limites tácitos":⁷⁷ são os casos em que "as constituições não contêm quaisquer preceitos limitativos do poder de revisão, mas entende-se que há *limites não articulados ou tácitos*, vinculativos do poder de revisão". O mestre ainda os divide em "limites textuais implícitos" e "limites tácitos". Os primeiros seriam os passíveis de serem deduzidos do próprio texto constitucional, enquanto os tácitos seriam aqueles "imanentes numa ordem de valores pré-positiva, vinculativa da ordem constitucional concreta".

Para o professor Canotilho, "o verdadeiro problema levantado pelos *limites materiais* do poder de revisão" seria o pertinente à possibilidade de vincular as futuras gerações às idéias e "projetos políticos", que orientaram os legisladores constituintes originários. Ao problema o professor responde:⁷⁸

⁷⁷ CANOTILHO, op. cit., p. 943.

⁷⁸ Idem.

Nenhuma lei constitucional evita o ruir dos muros dos processos históricos, e, conseqüentemente, as alterações constitucionais, se ela já perdeu a sua força normativa. Mas há também que assegurar a possibilidade de as constituições cumprirem a sua tarefa e esta não é compatível com a completa disponibilidade da constituição pelos órgãos de revisão, designadamente quando o órgão de revisão é o órgão legislativo ordinário.

Ensina ainda, o mestre de Portugal, que se faz necessário, para "assegurar a continuidade da constituição num processo histórico em permanente fluxo", proibir a "revisão total (desde que isso não seja admitido pela própria constituição)" bem como as "alterações constitucionais aniquiladoras da identidade de uma ordem constitucional histórico-concreta",⁷⁹ sob pena de não se tratar de poder constituinte derivado, mas de, nas palavras de Canotilho, "uma nova afirmação do poder constituinte". Com isso, conclui Canotilho: "a idéia de limitação do poder de revisão, no sentido apontado, não pode divorciar-se das *conexões de sentido* captadas no texto constitucional. Desta forma, os limites materiais devem encontrar um mínimo de recepção no texto constitucional, ou seja, devem ser *limites textuais implícitos*". Mas observa:⁸⁰

Deve dizer-se, porém, que a dedução de *limites implícitos*, mesmo com a recepção no texto constitucional, nem sempre se apresenta isenta de dificuldades, havendo autores que, perante a insegurança e oscilação na enumeração e definição dos limites implícitos, defendem mesmo a inexistência de limites tácitos. Para esta doutrina, os limites materiais seriam apenas os expressamente previstos no texto constitucional; só os *limites textuais expressos* seriam *autênticos* limites de revisão. Embora se possa admitir que esta doutrina tem ainda a seu favor a presunção de modificabilidade de normas anteriores por normas posteriores do mesmo grau, não devem minimizar-se os resultados a que ela conduzirá quando levada até às últimas conseqüências. As constituições que não previssem limites textuais expressos transformar-se-iam em meras *leis provisórias*, em *constituições em branco* (*Blanko-Verfassung*), totalmente subordinadas à discricionariedade do poder de revisão. Mas, a aceitarem-se limites imanentes deduzidos a partir do «telos» constitucional, então terá de exigir-se que esses limites não sejam meros *postulados*, mas *autênticas imposições* da constituição, verdadeiros limites impostos por «vontade da constituição» (*Wille der Verfassung*).

Finalizando a análise dos limites formais, Canotilho, com o objetivo de tratar da possibilidade de modificação das "próprias normas de revisão", nos traz a idéia de limites absolutos e relativos.

⁷⁹ HESSE, K.. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20ª ed., Heidelberg, 1995, p. 272 e 273, apud CANOTILHO, p. 943.

⁸⁰ CANOTILHO, p. 944.

O mestre da Faculdade de Direito de Coimbra classifica em limites absolutos ao poder de reforma aqueles que, previstos no texto constitucional, "não podem ser superados pelo exercício de um poder de revisão". Já os "relativos" seriam os limites que têm a finalidade de "condicionar o exercício do poder de revisão", mas que não impedem a modificação das normas constitucionais, ou seja, ditam as condições e critérios que deverão ser obedecidos pelo constituinte de segundo grau no exercício de seu poder.

Menciona, o professor lusitano,⁸¹ a contestação por parte de alguns doutrinadores quanto à existência dos limites absolutos. Os que contestam, fazem-no com base na possibilidade de o constituinte de segundo grau "poder sempre ultrapassar esses limites mediante a técnica da dupla revisão". Ele explica que o que esses autores defendem é que "num primeiro momento, a revisão incidiria sobre as próprias normas de revisão, eliminando ou alterando esses limites", após, poderia ser feita uma emenda constitucional com base "nas leis constitucionais que alteraram as normas de revisão. Desta forma, as disposições consideradas intangíveis pela constituição adquiririam um *carácter* mutável, em virtude da eliminação da cláusula de intangibilidade operada pela revisão constitucional".

No entanto, Canotilho afasta a tese da possibilidade do "duplo processo de revisão". Para ele, as normas de revisão – aqui entendemos revisão num sentido amplo, emenda ou revisão propriamente dita, sendo, ambas, espécies do género reforma constitucional como anteriormente mencionado – qualificam-se como "*normas superconstitucionais*". Nesse sentido,

elas atestariam a superioridade do legislador constituinte e a sua violação, mesmo pelo legislador de revisão, deverá ser considerada como incidindo sobre a própria *garantia* da Constituição. A violação das normas constitucionais que estabelecem a imodificabilidade de outras normas constitucionais deixará de ser um acto constitucional para se situar nos limites de uma ruptura constitucional.⁸²

Gomes Canotilho entende que a abolição dos limites de reforma através da própria reforma pode ser considerada um "sério indício de **fraude à Constituição**", não sendo possível a sua defesa. Conclui, ainda, que "as regras de alteração de uma norma pertencem, logicamente, aos *pressupostos* da mesma

⁸¹ Ibidem, p. 945.

⁸² Idem.

norma, e daí que as regras fixadoras das condições de alteração de uma norma se coloquem num nível de validade (eficácia) superior ao da norma a modificar", lembrando que, com relação às fontes do direito, "nenhuma fonte pode dispor do seu próprio regime jurídico arrogando-se um valor que constitucionalmente não tem".

Não obstante tudo isso, ensina o professor português que mesmo não sendo possível a dupla revisão, isso não impede que se operem modificações substanciais no texto constitucional, de forma constitucional e legítima. Nas palavras do mestre, "os limites materiais devem considerar-se como garantias de determinados *princípios*, independente da sua concreta expressão constitucional, e não como garantias de cada princípio na formulação concreta que tem na Constituição".⁸³

Se fosse possível ao poder constituinte derivado modificar os itens acima mencionados, deixaria a Constituição de ser rígida e, conseqüentemente, seria possível modificar toda a estrutura organizacional e política do Estado, passando ele a ser outra coisa, mas não aquilo que o povo quis que fosse e assim instituiu através do constituinte originário.

As limitações têm a finalidade de proibir "a abolição direta e ostensiva, como a abolição dissimulada, indireta e disfarçada"⁸⁴ da Constituição.

⁸³ CANOTILHO, p. 946.

⁸⁴ HORTA, p. 115.

2 A LEI NO TEMPO

Faz-se de suma importância uma noção do que seja Direito Intertemporal para se entender a dinâmica do direito adquirido bem como as limitações impostas ao legislador enquanto reformador da Constituição.

A lei atua dentro de uma determinada base territorial e num determinado tempo, porque, como qualquer das manifestações culturais humanas, não tem o pendor do eterno. Ocorre, entretanto, que durante o período em que a lei teve vigência, fez incorporar direitos ao patrimônio das pessoas, consolidou relações jurídicas sobre as quais não pode (ou não deve) a lei nova desconhecer. E no momento em que surge esta nova lei, estabelece-se quase sempre o denominado conflito de leis no tempo, ou o Direito Intertemporal, como resultado do entrechoque.⁸⁵

Sendo assim, fica clara a necessidade e validade do presente capítulo antes de cuidar do assunto principal da presente monografia: o confronto do direito adquirido com as emendas constitucionais.

Em primeiro lugar, cabe evidenciar algumas definições e esclarecimentos pertinentes às nomenclaturas utilizadas para explicar certos fenômenos referentes à lei e seus efeitos no tempo, tendo em vista que serão utilizadas em todo o restante do trabalho.

2.1 Vigência/eficácia e incidência/aplicação das normas jurídicas: distinções

Ensina José Afonso que vigência é "a qualidade da norma que a faz exigir juridicamente e a torna de observância obrigatória, isto é, que a faz exigível, sob certas condições. Vigência, pois, é o modo específico da existência da norma jurídica".⁸⁶

Cabe aqui, portanto, diferenciar vigência de eficácia no plano legislativo. Ensina-nos o mestre Elival Ramos que "a vigência, enquanto qualidade da lei que se encontra produzindo efeitos, traz ínsita a idéia de um limite temporal, que é [...] o lapso de tempo que vai do início de vigência (superados os fatores suspensivos de eficácia) à sua cessação (pelo advento de um dos fatores resolutivos de eficácia)".⁸⁷

⁸⁵ SILVA, Zélio F., p. 54.

⁸⁶ SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 42.

⁸⁷ RAMOS, op. cit., p. 13.

Lembra o doutrinador que os conceitos de vigência e de eficácia são muito próximos, mas não se confundem. Ele caracteriza a vigência como "a força geradora de efeitos" de um ato legislativo em determinado lapso de tempo e a eficácia como "o modo pelo qual esses efeitos são gerados". Nas suas palavras, "a vigência diz respeito à força propulsora dos efeitos, enquanto a eficácia diz respeito aos efeitos em si, à maneira pela qual a lei os produz. A eficácia pressupõe a vigência e não vice-versa",⁸⁸ sendo que, conseqüentemente, o tempo de vigência e de eficácia de uma lei é o mesmo, correspondendo "ao tempo que, no plano normativo, produziu efeitos. Já a dimensão temporal dos efeitos produzidos não guarda perfeita correspondência com o tempo de vigência/eficácia".⁸⁹

Vale lembrar que é possível que se projetem para o futuro – tempo posterior ao período de vigência – os efeitos de um ato legislativo.

Como esse tempo futuro é incerto e desconhecido no que toca ao Legislador do presente, ao contrário da projeção de efeitos para o passado (retroatividade), essa incursão dos efeitos da lei em período posterior à cessação de sua vigência não é decorrência das normas nela contidas e sim da contenção dos efeitos da lei que a tenha substituído, de modo a preservar o desdobramento, ao tempo de vigência da lei revogadora, dos efeitos anteriormente produzidos pela lei revogada. Daí se falar em ultratividade ou pós-atividade, o que não deve ser entendido como a prorrogação de sua vigência/eficácia e sim como a permanência de alguns de seus efeitos em período posterior à sua revogação, efeitos esses produzidos durante o período em que esteve vigorando.⁹⁰

Outra distinção que se faz importante demonstrar quando se estuda direito intertemporal diz respeito à incidência e aplicação da norma jurídica.

Lembra o professor Elival da Silva Ramos que uma norma jurídica pode ser caracterizada "como um imperativo hipotético, segundo o qual, uma vez ocorrida a situação fática nela descrita, advêm determinadas conseqüências". Entendendo-se a parte descritiva da norma (situação fática nela descrita) como sinônimo de pressuposto, espécie fática (do termo italiano *fattispecie*) ou hipótese/previsão normativa e que as conseqüências jurídicas também podem ser denominadas estatuição, dispositivo, preceito, efeito jurídico ou parte prescritiva da norma.^{91 e 92}

⁸⁸ Idem.

⁸⁹ Idem.

⁹⁰ Ibidem, p. 15.

⁹¹ Ibidem, p. 17.

⁹² Posição com a qual concorda José Eduardo Martins Cardozo, para quem essa é a opção "não-sancionista" para definir "a estrutura lógica" da norma jurídica, ou seja, a norma não precisa, necessariamente, prever sanção, pois

A realização dos fatos jurídicos, hipoteticamente descritos, provoca a incidência da norma que lhes atribui, por sua vez, os efeitos da parte dispositiva. Conforme se pode aferir nos ensinamentos de Pontes de Miranda:⁹³

Na exposição dos problemas e das soluções do direito intertemporal, o que desde logo importa é evitarem-se falsas noções da *incidência* das leis. A lei incide sobre fatos ou sobre reminiscências de fatos (por isso mesmo, a lei que diz serem nacionais os que nasceram no país, ao contrário da lei anterior só inspirada no *ius sanguinis*, aproveita aos que nasceram antes dela). Não se pode dividir o domínio das leis segundo a sucessão dos fatos: fatos passados, regidos pelas leis anteriores; fatos presentes, pelas leis do presente; fatos futuros, pelas leis do futuro. O que se tem de dividir é o tempo: passado, regido pela lei do passado; presente, pela lei do presente; futuro, pela lei do futuro. Quando se fala de sobrevivência da lei antiga, em verdade se cai em grave engano: o que nos dá a ilusão da sobrevivência é o fato de confundirmos *incidência* e *aplicação* da lei; o que consideramos efeito de invasão da lei antiga no presente é derivado de pensarmos que a lei *incide* quando a *aplicamos*: a lei já incidiu; a aplicação é, apenas, o dizer-se que a lei já incidiu.

Ocorre a incidência, portanto, durante o período de vigência da lei com a consumação de um fato nela descrito. Apenas "os efeitos produzidos pela incidência da norma é que se projetam para o passado ou para o futuro, [...] mas sempre a partir da incidência da norma no presente".⁹⁴ Destarte, a aplicação da norma diz respeito aos seus efeitos, que poderão, conforme o caso, ser aplicados no período de vigência da norma ou após.⁹⁵

Ensina o professor Ramos⁹⁶ que "a incidência e a aplicação da norma atuam em planos diversos. A norma posta pelo Legislador, uma vez estando em vigor e, portanto, contando com alguma eficácia, incide automaticamente sobre a situação fática nela descrita". E continua:

é composta por dois elementos essenciais: a hipótese e o preceito (Da retroatividade da lei. Coleção estudos em homenagem ao Ministro e Professor Moreira Alves, coordenação Arruda Alvim, v. 2, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 261-266). Para este autor a hipótese pode ser simples, "quando constituída por um único elemento fático, que, em se verificando, caracterizará a necessidade de se realizar o preceito", ou composta "quando constituída por vários elementos fáticos que serão tidos como indispensáveis para a atuação da norma" (Ibidem, p. 267).

⁹³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1, de 1969, 2ª ed., t. V, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971, p. 91.

⁹⁴ RAMOS, p. 18.

⁹⁵ Lembrando, conforme acima exposto, que a norma só tem eficácia enquanto vigente, cabe aqui mencionar a opinião de José Afonso da Silva, que versa estritamente sobre a norma constitucional: "*Uma norma só é aplicável na medida em que é eficaz*. Por conseguinte, a eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais constituem fenômenos conexos, aspectos do mesmo fenômeno, encarados por prismas diferentes: aquela como potencialidade; esta como realizabilidade, praticidade" (SILVA, José A.. Aplicabilidade..., p. 49, grifos nossos).

⁹⁶ Op. cit., p. 20-21.

Trata-se aqui, de um plano puramente normativo e, portanto, ideal. Sucede, porém, que a pretensão do direito é a de moldar a realidade fática e, desse modo, deixar o plano do dever-ser para se incorporar ao mundo do ser. Ora, o direito se transforma em realidade exatamente por meio da aplicação que fazem os seus operadores estatais e não-estatais, aplicação essa, contudo, que sempre haverá de se reportar ao momento passado da incidência normativa.

[...]A aplicação sempre ocorrerá do início de vigência da norma legal em diante. [...] não há que se pretender a coincidência entre a vigência e a aplicação das normas legais. Estas, enquanto vigentes, incidem e, portanto, produzem efeitos. Nem sempre, contudo, os seus efeitos lograrão reconhecimento ao longo do período de vigência, sendo usual que uma lei, mesmo após haver sido revogada, continue sendo aplicada por muitos e muitos anos. Observe-se, desde logo, que isso não se confunde com o fenômeno da ultratividade [...]. É possível que a lei revogada tenha produzido efeitos cujo desdobramento em tempo futuro (vigência da lei revogadora) deva ser preservado pela nova legislação. Haveria, nesse caso, aplicação da lei revogada além de seu período de vigência e ultratividade. Mas, com maior frequência, a aplicação de normas legais revogadas ao longo do período de vigência de legislação subsequente àquela que as veiculou se dá desvinculada do fenômeno da ultratividade, indicando, simplesmente que o direito posto não se realiza imediatamente no mundo dos fatos, necessitando de tempo para se tornar efetivo, tempo esse que, quase sempre, ultrapassa os limites do período de sua vigência.

Resume José Afonso⁹⁷ dizendo que "aplicabilidade exprime uma possibilidade de aplicação. Esta consiste na atuação concreta da norma [...]", adaptar o caso concreto à norma correta.

2.2 Os fatos e seus efeitos

Quando se trata de Direito Intertemporal, faz-se importante ressaltar, conforme ensina Elival da Silva Ramos, que o tema consiste "no estudo das normas de direito positivo que se ocupam do fenômeno da intertemporalidade jurídica, relacionado à dinâmica da sucessão das leis no tempo".^{98 e 99}

O professor Elival parte do pressuposto de que "toda norma jurídica opera a partir da descrição de fatos, aos quais atribui determinados efeitos",¹⁰⁰ verifica-se a importância de entender que existe a relatividade dos fatos no tempo, para melhor compreender a problematização da intertemporalidade normativa.

⁹⁷ Aplicabilidade... op. cit., p. 41.

⁹⁸ RAMOS, op. cit., p. 22.

⁹⁹ José Eduardo Martins Cardozo explica que "Intertemporalidade jurídica é o fenômeno jurídico vivenciado ao longo do fluxo da temporalidade jurídica, no momento em que nesta são encontrados os limites das dimensões temporais dos domínios de vigência de duas normas que cronologicamente se sucedem" (CARDOZO, p. 33).

¹⁰⁰ RAMOS, op. cit., p. 24.

Desta forma, considerando o momento em que a lei entra em vigor como ponto de referência, "podem-se considerar fatos *passados* os que lhe são anteriores; fatos *presentes* os que têm sua existência normativamente situada nesse exato momento; e fatos *futuros* os que são posteriores ao início da vigência da lei"¹⁰¹ e, ainda, como a categoria mais importante, por gerar maiores dificuldades ao aplicador da lei para determinar as normas que incidem sobre ele, "a dos fatos *pendentes*, qual seja, a dos fatos que iniciados anteriormente ao começo da vigência da lei, se prolongam no tempo, ultrapassando esse marco temporal".¹⁰²

A partir do exposto, conforme o magistério Elival da Silva Ramos que se utiliza dos ensinamentos de Paul Roubier para tomar como ponto de partida que a ciência dos conflitos de lei no tempo tem como alicerce a separação entre efeito retroativo e efeito imediato da lei, destaca-se que:

se a lei pretende aplicar-se a fatos realizados (*facta praeterita*), ela é retroativa; se ela pretende aplicar-se a situações em curso (*facta pendentia*), importa estabelecer uma distinção entre as partes anteriores à data da mudança de legislação, que não poderiam ser alcançadas sem retroatividade, e as partes posteriores, para as quais a lei nova, se deve ser aplicada, não terá senão um efeito imediato; enfim, em face dos fatos a advir (*facta futura*), é evidente que a lei não pode jamais ser retroativa.¹⁰³

Elival Ramos observa¹⁰⁴ que no trecho acima transcrito, Roubier "insere na categoria dos *facta futura* todos os fatos ocorridos da entrada em vigor da lei em diante", o que a seu ver "abrange os fatos futuros propriamente ditos e, igualmente, os fatos presentes que são aqueles cuja existência é contemporânea ao momento inicial de vigência do ato legislativo".

Ramos¹⁰⁵ ressalta que as mencionadas categorias de fatos – passados, pendentes, presentes e futuros – "nas construções doutrinárias de Direito Intertemporal, costumam ser alusivas não apenas a fatos propriamente ditos, mas, também, às conseqüências jurídicas desses fatos". Atenta o mestre paulista para a categoria dos fatos pendentes, "com a qual, por vezes, se quer indicar situações em que não existe [...] um fato em curso quando do advento da lei nova e sim,

¹⁰¹ Idem.

¹⁰² Ibidem, p. 25.

¹⁰³ ROUBIER, Paul. *Le Droit Transitoire (conflits des lois dans le temps)*, 2ª ed., Paris: Dalloz et Sirey, 1960, p. 177, apud RAMOS, p. 25.

¹⁰⁴ RAMOS, p. 25.

¹⁰⁵ Ibidem, p. 26.

simplesmente, o desenvolvimento dos efeitos jurídicos de um fato passado", efeitos que, "decorrentes da incidência de norma contida em legislação revogada, se projetam para um momento ulterior à entrada em vigor da legislação revogadora". Exemplifica:

Alguém adquire a propriedade sobre um bem imóvel urbano em consonância com fato aquisitivo consumado inteiramente sob o domínio de vigência de legislação revogada, estipuladora de limitações administrativas a esse direito real; o direito de propriedade, contudo, enquanto efeito jurídico do fato aquisitivo passado, projeta-se para o domínio de vigência da legislação revogadora, que introduz uma nova disciplina sobre as limitações incidentes sobre o direito de propriedade, advindo a discussão de se saber qual a legislação aplicável na concreta situação, considerada fato pendente para efeitos da elaboração de uma solução, em consonância com o ordenamento jurídico respectivo.

Os fatos presentes e futuros, na ótica de Elival Ramos,¹⁰⁶ por ocorrerem num lapso de tempo posterior ao início da vigência da lei, sendo regulados inteiramente pela nova legislação, não geram dúvidas quanto à regulação intertemporal. Ocorre que se tais fatos "apresentarem certa durabilidade temporal, poderão vir a se projetar sobre o domínio de vigência de legislação futura, revogadora daquela sob cuja incidência normativa foram produzidos", tornando-se, em relação a esta, fatos pendentes, gerando conflito intertemporal e, dependendo do que versarem as normas de direito transitório, o conflito "poderá ser equacionado com a preservação, em tempo futuro (vigência da terceira legislação), dos efeitos da legislação intermediária (ultratividade)".

Ramos¹⁰⁷ observa ainda que na categoria dos fatos pendentes "cabe uma breve referência a duas classificações, pertinentes à formação dos fatos aquisitivos ou extintivos de situações jurídicas", podendo tais fatos ser formados de maneira instantânea ou contínua.

Lembra ainda o mencionado autor¹⁰⁸ que os fatos pendentes, muitas vezes, referem-se a "situações de formação prolongada no tempo, como a prescrição aquisitiva ou extintiva"; e "quanto ao procedimento de formação, os fatos aquisitivos ou extintivos podem ser qualificados de simples, em face da singeleza do aludido procedimento, ou complexos, em que este 'requer a presença de elementos

¹⁰⁶ Ibidem, p. 27.

¹⁰⁷ Ibidem, p. 28.

¹⁰⁸ Idem.

sucessivos, intervenientes em momentos diversos". Assim, observa o professor Ramos que "boa parte das situações de fatos em curso no momento da entrada em vigor do ato legislativo reportam-se a fatos de formação complexa, em que certos elementos, dotados de autonomia", constituíram-se "ao tempo de lei revogada e outros, igualmente autônomos em relação aos primeiros, já ao tempo de lei revogadora".

2.3 Retroatividade, retrospectividade e ultratividade legal

Após análise de algumas características e efeitos da lei no tempo, cumpre tratar do que constitui o principal tema com relação aos conflitos de Direito Intertemporal, a retroatividade normativa.

Nas palavras de José Eduardo Martins Cardozo:¹⁰⁹

Poderíamos assim dizer que retroativa é toda norma legal que valorativamente invade e altera o período de tempo anterior ao início de sua própria vigência, seja por descrever sua hipótese, isoladamente ou não, elemento fático realizado no passado, seja por definir preceito que implique em modificação jurídica da realidade pretérita.

Zélio Furtado da Silva acredita que a irretroatividade é gênero do qual o direito adquirido é espécie; e que este engloba as duas outras previsões de situações em que a lei não pode retroagir: quando em face de ato jurídico perfeito ou de coisa julgada. Dessa forte ligação entre os temas, a relevância do estudo da intertemporalidade, bem como daqueles fenômenos a ela relacionados, para a elaboração do presente trabalho, que tem a pretensão de procurar melhor compreender o conflito que possa existir entre emendas constitucionais e direitos adquiridos. Conforme o professor Zélio:¹¹⁰

Utiliza-se a expressão Direito Adquirido dando-lhe um sentido muito amplo, emprega-se para designar toda a fenomenologia da retroatividade ou da não retroatividade da lei, quando este – o Direito Adquirido – é apenas um de seus aspectos e um dos freios ao amplo princípio da irretroatividade irrestrita como da retroatividade, ao lado de seus 'irmãos repressores da

¹⁰⁹ CARDOZO, p. 276.

¹¹⁰ SILVA, Zélio F., p. 44-45.

retroatividade': o Ato Jurídico Perfeito e a Coisa Julgada, estes, também, como princípios reflexos da irretroatividade da lei [...].

[...] Na verdade, o legislador não foi feliz na definição como também complicou ao estabelecer três hipóteses quando apenas poderia ser resumido em Direito Adquirido. [...] produz-se em favor do indivíduo uma situação jurídica, e, portanto, a lei nova deve respeitar o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, que são casos de direito adquirido.¹¹¹

Lembrando de que as normas são compostas de hipótese normativa, também denominada *fattispecie* pela doutrina italiana, e de dispositivo, denominado também de estatuição (*statuizione* no italiano), conforme anteriormente mencionado, pode-se atentar para o que ensina o professor italiano Gaetano Pace acerca do fenômeno da retroatividade. Em suas palavras, "na retroatividade *ex fattispecie* (...) a lei retroage enquanto atribui a um fato passado (isto é, verificado sob a lei anterior) consequências determinadas; a retroatividade *ex statuizione* comporta-se, em certo sentido, de modo oposto, ou melhor, simétrico: por meio dela um fato presente adquire uma eficácia no passado".¹¹²

Com o fim de exemplificar o exposto, de maneira hipotética e sem a preocupação quanto à constitucionalidade, transcreve-se o contido na obra de Elival da Silva Ramos:¹¹³

Suponhamos que, no Brasil, se editasse uma lei dispondo sobre a quantificação, em termos pecuniários, da indenização por dano moral e nela se estabelecesse, em preceito específico, que sua disciplina retroagiria a três anos antes de sua entrada em vigor, de modo a também colher as situações de dano moral ocorridas nesse período. Está-se diante de uma norma retroativa, tanto no que concerne à hipótese quanto no que concerne à estatuição, por alguns denominada retroatividade máxima ou de segundo grau.

Figuremos, agora, o caso de uma lei que concedesse aos brasileiros ex-integrantes da Força Expedicionária, que combateram durante a 2ª Guerra Mundial, o direito a uma pensão mensal vitalícia, a partir da data de vigência do ato legislativo concessivo. Haveria, aqui, retroatividade sediada nos elementos fáticos da hipótese normativa, muito embora a prescrição de consequências jurídicas para esses fatos passados opere a partir do presente.

¹¹¹ O legislador a que se refere, neste caso, o professor Zélio, é o que tentou, na Lei de Introdução ao Código Civil, Decreto-Lei 4.657/42, no art. 6º e §§, definir as situações mencionadas.

¹¹² PACE, Gaetano. *Il Diritto Transitorio*. Milano, 1944, p. 154, apud RAMOS, p. 29.

¹¹³ RAMOS, p. 29-30.

Finalmente, passemos a desenhar a hipótese de uma norma legal que retroage a partir, exclusivamente, de seu preceito ou dispositivo. Determinada lei concede um abono a funcionários públicos, circunscrevendo a dimensão pessoal da situação fática nela normativamente descrita aos titulares de cargos existentes no momento de sua entrada em vigor, mas retroagindo seus efeitos pecuniários a um lapso de tempo anterior.

Elival Ramos menciona que no último dos exemplos por ele formulados e acima transcritos ocorre a retroatividade *ex statuizione*, em que as consequências previstas na norma legal é que retroagem, e constata que "o fenômeno da retroação dos efeitos da lei inúmeras vezes não contempla fatos passados e sim *fatos presentes*, emprestando-se-lhes, contudo, consequências jurídicas que remontam ao passado, isto é, ao período anterior à vigência da lei retrooperante".¹¹⁴

Resumidamente, o mestre José Martins Cardozo diz que "realmente, uma norma deve ser considerada retroativa, desde que com sua hipótese, com seu preceito, ou ainda com ambos, passe a atingir juridicamente o período que antecedeu a sua respectiva entrada em vigor".¹¹⁵ E ressalta que a retroatividade pode ser lícita, quando a projeção para o passado dos efeitos da nova lei ocorrer "em total conformidade com um dado sistema de direito positivo", ou ilícita: "projeção pretérita dos efeitos de uma lei nova sobre certas realidades jurídicas que normativamente se encontram imunes a esta ação, em vista do sistema jurídico pretender que continuem a ser regidas pelas disposições da lei velha".¹¹⁶

Nessa linha, vale repetir os ensinamentos de Pontes de Miranda¹¹⁷ no sentido de que "não se pode dividir o domínio das leis segundo a sucessão dos fatos: fatos passados, regidos pelas leis anteriores; fatos presentes, pelas leis do presente; fatos futuros, pelas leis do futuro. O que se tem de dividir é o tempo: passado, regido pela lei do passado; presente, pela lei do presente; futuro, pela lei do futuro". Para Pontes, "a irretroatividade defende o povo; a retroatividade expõe-no à prepotência".^{118 e 119}

¹¹⁴ Ibidem, p. 30.

¹¹⁵ CARDOZO, p. 267.

¹¹⁶ Ibidem, p. 257.

¹¹⁷ PONTES DE MIRANDA, p. 91.

¹¹⁸ Ibidem, p. 20.

¹¹⁹ Pondera o professor Zélio Furtado da Silva (que, ao final, acaba concordando com Pontes de Miranda): "Efetivamente, se o fato social é um processo dinâmico do qual faz parte a Lei, consequentemente este caráter de dinamicidade estará sempre presente nas formulações legais. Está claro que a irretroatividade não pode ser absoluta, assim como a retroatividade também não. É preciso ponderação. Volta-se a questão de saber até onde vai o real *interesse público* e onde começam os interesses de poucos, disfarçados, por vezes, sem separar o 'joio

Partindo do que foi até aqui exposto, Ramos¹²⁰ caracteriza o fenômeno da retroatividade normativa como sendo "a projeção dos efeitos de uma determinada lei para um período precedente ao de sua vigência", o que pode ser obtido quando para fatos realizados no passado determinada norma atribua efeitos jurídicos "no passado ou no presente, ou fatos considerados em sua existência no presente, aos quais se atribuem conseqüências jurídicas no passado".

Quanto aos fatos pendentes no estudo do fenômeno da retroatividade, o professor Elival diz que

importa, de início, distinguir os fatos de formação contínua dos fatos de formação complexa ou por partes: nos primeiros, se a parcela de tempo decorrida ao tempo da legislação revogada for reavaliada, no que tange aos seus efeitos, pela legislação revogadora, estar-se-á diante do fenômeno da retroatividade; também haverá retroatividade, já agora no que pertence aos fatos de formação complexa, se a nova legislação ignorar os efeitos jurídicos atribuídos às partes com valor autônomo pela legislação pretérita. Ademais, deve ser qualificada de retroativa a lei que, dispondo sobre os efeitos jurídicos de fatos realizados no passado e que se desdobram, de modo a penetrar no seu período de vigência, desconsidera a conformação atribuída a tais efeitos jurídicos pela legislação revogada, atingindo, pois, o seu desenvolvimento em tempo pretérito.¹²¹

Ensina ainda, o professor Elival, que após ficar compreendido o fenômeno da retroatividade legal, faz-se importante entender também a eficácia "imediata" e "prospectiva" dos atos legislativos.

Entrando em vigor determinada lei, sua eficácia abrange, instantaneamente, todos os fatos presentes, "todos os fatos nela descritos então existentes, que não remontem, em nenhum dos elementos normativamente indicativos dessa existência, ao passado".¹²² Trata-se da eficácia imediata da lei.

Ocorre que "ao longo da duração do seu período de vigência, por certo, os efeitos do ato legislativo não atingem apenas os fatos presentes, mas, também, os fatos futuros, razão pela qual se pode falar em uma eficácia prospectiva, ou seja, voltada para o futuro".¹²³

A eficácia imediata da lei também atinge aos fatos pendentes, sejam eles "aquisitivos ou extintivos de situações jurídicas", devendo eles ser "decompostos

do trigo'. O certo é que, a quebra da irretroatividade sempre foi o alvo predileto em regimes políticos de exceção [...]" (SILVA, Zélio F., p. 62).

¹²⁰ RAMOS, p. 30-31.

¹²¹ Ibidem, p. 31.

¹²² Idem.

para sujeitar à eficácia imediata do ato legislativo a parcela do período de formação de fato contínuo decorrida após o seu início de vigência, já que, como visto, a regulação da parcela precedente importaria em retroatividade".¹²⁴ Também com relação aos "fatos complexos, a parte posterior autônoma desses fatos, por sobrevir em momento concomitante à entrada em vigor da lei, sofrerá a incidência de seus efeitos imediatos (ou prospectivos, se essa parte posterior vier a se realizar em momento diferido para o futuro)"¹²⁵. Ainda, no que diz respeito às situações em que o pressuposto dos efeitos jurídicos se realizou durante a vigência de lei revogada, gerando, desde então, efeitos que "se prolongam no tempo, penetrando no domínio de vigência de legislação revogadora, o desenvolvimento eficaz da situação jurídica em curso após a entrada em vigor da nova lei propicia sujeição aos seus efeitos imediatos e prospectivos, dependendo, é claro, de sua duração".¹²⁶

Elival da Silva Ramos caracteriza, por fim, o fenômeno da retrospectividade e o diferencia da retroatividade.¹²⁷ Para ele, a retrospectividade seria "modalidade especial da eficácia imediata e prospectiva dos atos legislativos", sendo que a nova lei somente influi do presente para o futuro (a partir do início de sua vigência) sobre situações jurídicas que se constituíram no passado e se prolongam no tempo (prospectivamente).

Duas são as principais características do fenômeno da retrospectividade: "os eventos focados pelo pressuposto da norma legal retrospectiva, veiculada pela lei nova, foram produzidos antes de sua entrada em vigor" e "a incidência dessa norma legal não provoca uma reconfiguração dos efeitos jurídicos transcorridos sob o império da lei antiga", ou seja, ao contrário do que ocorre quando da retroatividade da norma, a retrospectividade permite a manutenção dos efeitos gerados conforme a – e na vigência da – lei revogada, gerando efeitos somente "imediatos e prospectivos".

O professor Ramos, com o fim de deixar clara a matéria, elabora dois exemplos de retrospectividade legal, o primeiro configurando "situação contratual

¹²³ Idem.

¹²⁴ Ibidem, p. 32.

¹²⁵ Idem.

¹²⁶ Idem.

¹²⁷ Ibidem, p. 37-47.

com efeitos em curso", e, o segundo, "exemplo de situação legal com efeitos em curso". Com o mesmo objetivo do mestre citado, vale descrevê-los:¹²⁸

Figuremos a hipótese de um contrato de empreitada celebrado sob a vigência de legislação que vem a ser revogada com a obra ainda em andamento. O fato-base dos direitos e obrigações envolvidos na situação jurídica em tela é o contrato em si, o qual, como visto, se aperfeiçoou anteriormente à entrada em vigor da lei nova. Portanto, trata-se de fato passado, na terminologia de Direito Intertemporal. Todavia, os efeitos jurídicos desse contrato estavam em curso no momento da novação legislativa, apresentando desdobramentos que são subseqüentes ao início de vigência do segundo diploma legal. Avançando no aspecto esboçado, imaginemos que o empreiteiro descumpra obrigação essencial, como, por exemplo, a de pautar os seus trabalhos por um projeto, aprovado pelo contratante e pelo órgão público competente, e tal inadimplemento ocorra em momento posterior à revogação da lei sob cujo império o contrato foi firmado. Cuida-se, desse modo, de fato relacionado ao desenvolvimento da eficácia do negócio jurídico bilateral, fato esse ocorrido sob o domínio de vigência da nova legislação, que, porém, se prende a outro fato, por assim dizer, gerador dos efeitos contratuais, ocorrido durante a vigência da legislação revogada. Ou seja, o direito do contratante à execução da obra tal qual projetada advém do contrato, como também dele decorre o direito a pleitear rescisão contratual, cumulada com o pagamento de indenização por perdas e danos, em caso de inadimplemento de tal obrigação. Todavia, o fato que deu ensejo à incidência da pertinente cláusula contratual rescisória é o fato que se situa no tempo presente ou futuro, dependendo do período de vigência tomado em consideração (presente em relação ao da lei revogada, futuro em relação ao da lei revogada). Os efeitos da lei em vigor no que concerne a esse fato, produzido sob seu império, o qual provoca a ativação de conseqüências jurídicas vinculadas a fato gerador (contrato) situado sob o domínio de vigência de legislação revogada, são os inerentes à eficácia imediata e prospectiva dos atos legislativos e não à eficácia retroativa, o que não significa [...] que seja essa retrospectividade tolerada pelo ordenamento jurídico.

Uma determinada pessoa,¹²⁹ aprovada em concurso prévio, vem a ser nomeada e empossada em cargo público, iniciando-lhe o exercício. Tal investidura em cargo público provoca efeitos jurídicos diversos, expressos, em termos de direitos e obrigações, em um estatuto legal, o estatuto do funcionalismo. Sucede, porém, que os efeitos da investidura não são instantâneos, apresentando certa continuidade temporal, com o que acabam por ingressar no domínio de vigência de uma nova legislação estatutária, editada em substituição àquela que regia a relação funcional no momento em que se estabeleceu. As manifestações dos direitos e obrigações decorrentes da investidura que se tenham verificado em período precedente à entrada em vigor do novo estatuto não são por este afetadas; no entanto, na medida em que também fatos supervenientes ao início de vigência daquele acabam por se concretizar, ativando os direitos e as obrigações funcionais, dá-se ensejo à eficácia imediata e prospectiva da lei, com a especificação de que se trata de efeitos, outrossim, retrospectivos.

¹²⁸ Ibidem, p. 40-41.

¹²⁹ Segundo exemplo.

Elival Ramos¹³⁰ conclui, com base nos exemplos acima, que, nas *situações contratuais com efeitos em curso*, os efeitos retrospectivos da lei nova atuam em relação aos fatos posteriores ao início de sua vigência, provocando "a incidência de normas contratuais até então inertes, nisso constituindo o desdobramento dos efeitos jurídicos de fato passado a que se fez alusão". Com relação às *situações legais com efeitos em curso*, a atuação da retrospectividade também ocorre sobre fatos posteriores à entrada em vigor da novel legislação, sendo que esses fatos "ou provocam nova incidência de norma integrante de um estatuto legal, ou, simplesmente, acarretam nova manifestação do efeito jurídico vinculado ao fato-base, sem reiteração de incidência normativa".

Embora possa parecer nítida a diferença entre os fenômenos da retroatividade e retrospectividade em matéria legislativa, tal conclusão fica prejudicada quando se leva em conta que a norma que atua retrospectivamente, sempre o faz com relação aos *fatos* praticados na vigência de lei anterior (fatos que eram os pressupostos da lei revogada). Tendo isso em mente, percebe-se que esse fenômeno se confunde com a já mencionada retroatividade *ex fattispecie*, em que o pressuposto da lei é fato realizado no passado, anterior à nova legislação, mas as conseqüências jurídicas previstas por esta nova lei, para aquele fato, ocorrem a partir de sua vigência. Qual seria então a diferença entre retroatividade *ex fattispecie* e retrospectividade?

Responde o mestre Elival Ramos:^{131 e 132}

Na *retroatividade* proveniente da *hipótese fática*, entretanto, *inexistem efeitos jurídicos atribuídos ao fato passado* que em parte atuem ao tempo de vigência da lei antiga e em parte sob o império da lei nova, vale dizer, *inexistem efeitos jurídicos em curso* quando do advento da nova legislação. A lei projeta efeitos em tempo pretérito ao construir, no presente, os consectários jurídicos de *situação considerada existente*, por completo, *no passado*, ainda que tal requalificação de fato passado produza efeitos da entrada em vigor da lei em diante. Trata-se, a bem de ver, de fato passado *que a legislação pretérita* considerou anódino (pouco importante, no sentido de não lhe prever correspondente efeito jurídico), ao menos para os fins vislumbrados pelo Legislador do presente [...].

Por outro lado, no fenômeno da *retrospectividade*, há um fato passado ao qual a *legislação da época reconhece a produção de efeitos jurídicos*, porém esses efeitos não se desenvolvem apenas ao longo do seu período

¹³⁰ Op. cit., p. 41.

¹³¹ Ibidem, p. 42 (grifos, em itálico e entre parênteses, nossos).

¹³² O professor Elival, por considerar a grande proximidade entre "a retroatividade sediada exclusivamente na hipótese normativa" e a retrospectividade, denomina aquela de retroatividade mínima (idem).

de vigência, penetrando no presente, de modo a receber tratamento normativo da legislação nova, que, entretanto, respeita a atuação passada desses efeitos, reconfigurando-os, apenas, no que toca a seus desdobramentos ulteriores.

Conforme mencionado na parte final do primeiro exemplo de retrospectividade normativa acima transcrito (que trata de situação contratual com efeitos em curso), esse fenômeno não é "tolerado pelo ordenamento jurídico". Tal intolância acaba propiciando que ocorra o fenômeno da ultratividade normativa.

Se se faz claro, diante de todo o exposto, que "os efeitos imediatos e prospectivos da lei são os seus efeitos-padrão, não exigindo norma expressa para operar", conseqüentemente, somente colocando de forma explícita o legislador poderia excluir essa "eficácia ordinária" de determinado ato normativo que viesse a produzir.¹³³ E por que o faria?

Não se consegue responder adequadamente a essa questão sem a prévia compreensão do fenômeno da retrospectividade. Na medida em que a eficácia retrospectiva da lei implica a reconfiguração dos efeitos jurídicos de fato gerador inteiramente situado no passado, não é difícil perceber que a retrospectividade pode ser extremamente lesiva à segurança jurídica, razão pela qual os ordenamentos positivos costumam erigir barreiras que detenham a sua projeção em detrimento de situações que se repute dignas de tutela.

Ora, é precisamente a contenção dos efeitos imediatos e prospectivos da lei, de modo a eliminar a retrospectividade considerada maléfica, que propicia a ultratividade da legislação revogada, assim entendida a projeção de seus efeitos para o domínio de vigência da legislação subsequente.¹³⁴

A ultratividade ou pós-atividade legal, conforme o professor Ramos, não desloca a eficácia da norma a que se refere para o futuro (vale lembrar que o período de eficácia de uma legislação se confunde com o período de vigência desta), para o "domínio de vigência" de legislação que a substitua. De modo que "as normas da legislação revogada não incidirão ao tempo da lei nova; na verdade, já incidiram durante a vigência da lei que as agasalhava, sendo que os seus *efeitos* é que se projetam, prospectivamente, sobre os domínios daquela", desta forma, podendo assegurar "a subsistência da conformação emprestada às conseqüências jurídicas de situações ao seu tempo nascidas, cujo desdobramento opera em tempo futuro (vigência da lei nova)".

¹³³ RAMOS, p. 43.

¹³⁴ Idem.

Conforme Zélio Furtado da Silva, que não faz distinção entre retroatividade e retrospectividade:

Do ponto de vista dogmático, o princípio da irretroatividade da lei é estabelecido porque uma lei mais eminente assim determina que a lei nova não pode retroagir. Efetivamente, para que uma norma assuma uma magnitude diante das demais, é necessário que haja como "pano de fundo" um alto grau de legitimidade e hierarquia daquela norma. São valores que, ao longo de sua história, a sociedade incorporou e preserva como um patrimônio intocável e inegociável, tornando-se obrigatório graças a uma norma cogente que o concretiza; portanto, é uma norma do sistema, uma previsão impositiva, um comando que impede a retroatividade. Se diferentemente dispusesse, teríamos uma supremacia plena da lei nova fadada a não ser legitimada pelos seus utentes e, em conseqüência, ao invés da paz e segurança jurídica, teríamos que conviver com eternos conflitos, fenômenos paradoxais à ordem jurídica. Nesse sentido é que reside o fundamento do princípio da irretroatividade.¹³⁵

Os impedimentos da retroatividade ou retrospectividade da lei nova e a conseqüente permissão de ultratividade de legislação que seja revogada pode ocorrer de duas formas, conforme ensina o professor José Eduardo Martins Cardozo (que também não distingue os dois fenômenos):

A primeira delas reside na fixação de regras genéricas, disciplinadoras de hipóteses de ultratividade admitidas pelo sistema. Isto se dá quando a própria Constituição, ou mesmo a legislação ordinária (nesse caso à lei nova se defere a prerrogativa de casuisticamente excepcionar a regra geral), estabelecem, por exemplo, que certos direitos ou situações jurídicas são intangíveis pela ação da lei nova, devendo sempre ser disciplinados pela lei sob a égide da qual tiveram nascimento.

Já a segunda fórmula se resume no tratamento casuístico da questão, normalmente objeto do próprio diploma legislativo que procede à revogação do antecedente. Seria o caso, por exemplo, da lei processual que extingue um dado recurso anteriormente previsto no ordenamento jurídico, e que em seu próprio texto determina que as ações, já ajuizadas na época da entrada em vigor da lei nova, continuarão a ser regidas pelo diploma legislativo que revoga.¹³⁶

Assevera Ramos que há quem use a expressão "sobrevivência da lei antiga" para se expressar a respeito do fenômeno da ultratividade da lei e que isso se traduz incorreto.¹³⁷

Ensina o livre-docente da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo que a "sobrevivência da lei" importaria que "ela *não deixou de ser*, isto é, que

¹³⁵ SILVA, Zélio F., p. 59.

¹³⁶ CARDOZO, p. 298.

de algum modo, ainda que a título excepcional, *continua sendo*". Continua, o professor, dizendo que "um ato legislativo 'é' na medida em que mantenha o seu centro irradiador de efeitos, qual seja, a vigência e, conseqüentemente, os seus mecanismos de eficácia e incidência normativa". Deste modo, devido ao fato de o fenômeno da ultratividade projetar para o futuro os efeitos de uma legislação que já não está vigente, portanto, destituída de eficácia, não se faz possível que se fale, nesse caso, de sobrevivência de lei anterior.

Com a ultratividade, as normas da legislação revogadora não incidem, permitindo que persistam os efeitos gerados pela incidência da lei revogada. Já no caso de sobrevivência legal, o que ocorre é que, além de ficar afastada a incidência da lei revogadora, fica estabelecida "uma *aparente incidência*, no presente, de normas veiculadas pela legislação revogada". Restando, destarte, não a sobrevivência e sim "*aparência de sobrevivência da lei antiga*". Trata-se de aparência porque, embora aparente incidir ainda a lei anterior, na realidade, é a nova lei que incide, permitindo que o fenômeno ocorra.

Para concluir o tópico, vale citar Pontes de Miranda quanto à retroatividade maléfica da lei:¹³⁸

O efeito retroativo, que invade o passado, usurpa o domínio de lei que *já* incidiu, é efeito de hoje, riscando, cancelando, o efeito pretérito: o hoje contra o ontem, o voltar no tempo, a reversão na dimensão fisicamente irreversível. É preciso que algo que *foi* deixe de ser no próprio passado; portanto, que deixe de *ter sido*. O efeito hodierno, normal, é o hoje circunscrito ao hoje. Nada se risca, nada se apaga, nada se cancela do passado. O que *foi* continua a ser tido como tendo sido. Só se cogita do presente e da sua lei.

Todo o exposto serve de base para se passar a cuidar, no próximo capítulo, do tema *direito adquirido*.

¹³⁷ RAMOS, p. 44-47.

¹³⁸ PONTES DE MIRANDA, p. 80.

3 DIREITO ADQUIRIDO

Tudo o que até aqui foi apresentado serve de base para melhor compreender a amplitude deste tema e sua relevância na defesa dos princípios da legalidade, segurança jurídica, dignidade da pessoa e da boa-fé. Posto que os indivíduos não podem ter as suas situações jurídicas já estabelecidas, conforme a lei e sem prejudicar os direitos alheios, desfiguradas por lei nova, ainda que proveniente de reforma constitucional (como se verá), retirando do seu titular as certezas que dão base para que atue como cidadão na sociedade em que vive.

Até porque, em muitos casos, se a pessoa soubesse que diferentes poderiam ser os efeitos de suas atitudes e opções, não os teria tomado, visto que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei" (artigo 5º, II da CR).

3.1 Breve noção histórica

Machado Horta menciona em sua obra que Leon Duguit,¹³⁹ doutrinador da Escola francesa de Direito Público, "concebia a idéia como fruto da oposição aos direitos inatos do jusnaturalismo, que vinham da natureza, enquanto os direitos adquiridos emergiam da sociedade".

Para Horta,¹⁴⁰ "a situação preexistente e a lei posterior configuram ou não a existência do direito adquirido". Na visão desse autor, o reconhecimento da existência do instituto do direito adquirido "impôs a fixação do princípio da imutabilidade e da irrevogabilidade da situação anterior por ato contrário e sucessivo, capaz de desfazê-la com dano ou prejuízo ao seu titular".

Seguindo os ensinamentos de Horta, em dado momento histórico¹⁴¹ a "patrimonialização", que é "inerente ao direito adquirido" e cria situação individual e concreta, passa a ser vantagem que se incorpora ao titular do direito. Com base em tal incorporação de direito, criado por lei anterior, o titular o "antepunha ao direito novo e às mudanças decorrentes do novo direito". A irretroatividade das leis passou

¹³⁹ DUGUIT, Leon. *Leçons de droit public general*. Paris: E. de Boccard, 1926, p. 308, apud HORTA, p. 236.

¹⁴⁰ HORTA, p. 236.

¹⁴¹ Conforme o autor, em 440, o Imperador Teodósio proibiu a revogação de *facta praeterita* pela lei, sendo que "a elaboração da idéia de direito adquirido vincula-se à permanência de *facta praeterita*" (idem).

a ser "a barreira protetora do direito adquirido", que assegurava a permanência do direito em conformidade com a lei anterior e era incorporado ao "patrimônio" de seu titular, mas incompatível com a nova legislação. Nas palavras de Horta: "o direito adquirido representa a intangibilidade da lei no tempo".

Machado Horta lembra que no início do século XX a tendência entre os doutrinadores era a de impor condicionamentos aos direitos adquiridos, sendo que, as leis de ordem pública poderiam retroagir, não sendo possível invocar direitos adquiridos contra elas. Neste ponto, Horta destaca a posição de Leon Duguit¹⁴² que negava a existência de direitos adquiridos e formulou a "teoria atenuadora da irretroatividade das leis, com a limitação do seu campo de incidência". O mestre francês distinguia as "situações jurídicas" entre as "subjetivas" e as "objetivas". Para ele, as leis poderiam retroagir quando em confronto com as "situações jurídicas objetivas", que são aquelas que "derivam diretamente da norma jurídica, da lei positiva". Com relação às "situações jurídicas subjetivas", aquelas passíveis de serem individualizadas especialmente para cada sujeito, isso não poderia ocorrer.

O principal exemplo, para Duguit, conforme o professor Machado Horta, de situações jurídicas subjetivas eram aquelas decorrentes do contrato. Para ele, basicamente, a irretroatividade das leis ficava restrita a esses casos, o que deixava bem ampla a possibilidade de aplicação da retroatividade de eventual lei que viesse a surgir.

3.1.1 Nas Constituições brasileiras

Com relação ao "tratamento constitucional" da matéria no Brasil, o professor Horta¹⁴³ faz uma divisão em dois períodos: num primeiro momento, a Constituição prevê a irretroatividade ampla das leis, disso decorrendo a proteção ao direito adquirido, sendo que, após, com a previsão da proteção ao direito adquirido de maneira expressa no direito ordinário – Direito Civil –, passou a funcionar em conjunto com o princípio constitucional da irretroatividade das leis; num segundo momento, "a irretroatividade ampla foi absorvida pelo direito adquirido" que,

¹⁴² DUGUIT, Leon. *Traité de droit constitutionnel*. Paris, 1927, p. 308-309, 312-313, apud HORTA, p. 239.

¹⁴³ HORTA, p. 243.

expressamente previsto no texto constitucional, passou a ter *status* de princípio constitucional, não sendo possível sua alteração pela lei ordinária.

O mestre Zélio Furtado da Silva divide o tratamento do Direito Intertemporal nas Constituições brasileiras em quatro fases.

Na primeira fase, a da irretroatividade ampla, expressamente determinada nas Constituições de 1824 e de 1891, nos arts. 179, III e 11, § 3º, respectivamente, entendia-se que "toda e qualquer norma jurídica nova não poderia ter efeito retroativo, ainda que não ferisse direito individual".¹⁴⁴ "No ensejo já se discutia no mundo inteiro que a fórmula ideal era da aplicação imediata da lei, respeitados, tão-somente, os postulados doutrinários da Teoria do Direito Adquirido em plena efervescência".¹⁴⁵

Na segunda fase,¹⁴⁶ com a Constituição de 1934, ocorre a substituição da determinação expressa da irretroatividade ampla pela restrição do campo de irretroatividade às hipóteses do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada.

"A terceira fase ocorreu com a outorga da Carta de 1937, omitindo o princípio geral da irretroatividade adotado nas anteriores de 1824 e 1891, como a fórmula do texto da Constituição de 1934".¹⁴⁷ O professor Zélio da Silva comenta:¹⁴⁸

A Carta de 1937 representou uma ruptura no Direito Constitucional Brasileiro não só com referência ao princípio da irretroatividade da lei, como também, quanto a outros direitos e garantias individuais. Era o Estado Novo dando as caras do que viria nos momentos que se seguiram até a redenção democrática em 1946. Na verdade, é o que se verifica e que se constata em regimes políticos ditatoriais: a vontade do ditador sobreleva-se ante os direitos e garantias dos cidadãos e, neste sentido, explica-se o fato da Constituição de 1937 não ter sufragado o princípio da irretroatividade da lei (com todo conteúdo de respeito ao direito individual) o que não destoava do quadro político imposto.

Entende o professor Horta¹⁴⁹ que a omissão era proposital "para favorecer a liberdade normativa do legislador", que à época era o Presidente da República, que legislava através dos decretos-leis.

¹⁴⁴ SILVA, Zélio F., p. 96.

¹⁴⁵ Ibidem, p. 97.

¹⁴⁶ Ibidem, p. 99.

¹⁴⁷ Ibidem, p. 101.

¹⁴⁸ Ibidem, p. 104.

¹⁴⁹ HORTA, p. 248.

Com a promulgação da Constituição de 1946 teve início a quarta fase, que resistiu às mudanças de Constituição e persiste até hoje, com a determinação de que "a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada".

"A Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional nº 1/69, apesar de contemplar em suas disposições, art. 150, § 3º e art. 153, § 3º, respectivamente, o respeito ao direito adquirido, contudo, ante a situação política de 'ditadura militar', tal prerrogativa esteve permanentemente ameaçada pelos Atos Institucionais, a aplicabilidade daquele princípio estava condicionada à vontade política do regime".¹⁵⁰

O diferencial da Constituição de 1988 frente às anteriores é o de que a previsão do art. 5º, XXXVI, tornou-se "imodificável por qualquer processo legislativo, a teor do art. 60, § 4º, IV, preservando aquele princípio contra possível reforma ou revisão, mantendo a sua histórica posição no patamar hierárquico superior das normas jurídicas".¹⁵¹

3.2 Significado e importância

A noção de direito adquirido está umbilicalmente ligada à idéia de segurança jurídica,

se bem a justiça (e os demais valores jurídicos supremos) representem o critério axiológico que deve inspirar o Direito, e se bem este não estará justificado senão na medida em que cumpra as exigências de tais valores, sem embargo, o Direito não nasceu na vida humana por virtude do desejo de prestar culto ou homenagem à idéia de justiça, mas para satisfazer uma iniludível urgência de segurança e de certeza na vida social.¹⁵²

Como ensina José Afonso da Silva,¹⁵³ trata-se aqui da segurança jurídica não como proteção do direito objetivo, mas como "*proteção dos direitos subjetivos*, em face das mutações formais do direito posto, em face especialmente da sucessão

¹⁵⁰ SILVA, Zélio F., op. cit., p. 105.

¹⁵¹ Ibidem, p. 105-106.

¹⁵² SICHES, Recasens. *Vida Humana Sociedad e Derecho*, p. 219, apud SILVA, José Afonso da. *Constituição e segurança jurídica*, in *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*, Coord. Cármen Lúcia Antunes Rocha, Fórum: Belo Horizonte, 2004, p. 15.

¹⁵³ *Constituição e segurança...*, p. 19.

de leis no tempo e à necessidade de assegurar a estabilidade dos direitos adquiridos". Faz-se necessário que existam condições que possibilitem às pessoas conhecer, de forma antecipada, quais as consequências que seus atos e escolhas, dentro de suas liberdades de atuação, podem gerar. Deve haver, para que exista a segurança jurídica dos direitos subjetivos, uma "relativa certeza de que as relações realizadas sob o império de uma norma devem perdurar ainda quando tal norma seja substituída". Conforme José Afonso,

o mais comum, contudo, é que uma lei, uma norma, só perca o vigor quando outra a *revogue expressa* ou *tacitamente*. Se a lei revogada produziu efeitos em favor de um sujeito, diz-se que ela criou *situação jurídica subjetiva*, que poderá ser um simples interesse, um interesse legítimo, a expectativa de direito, um direito condicionado, um *direito subjetivo*. Este último é garantido jurisdicionalmente, ou seja, é um direito exigível na via jurisdicional. Recebe, assim, proteção direta, pelo que seu titular fica dotado do poder de exigir uma prestação positiva ou negativa.

A realização efetiva desse interesse juridicamente protegido, chamado *direito subjetivo*, não raro fica na dependência da vontade de seu titular. Diz-se, então, que o direito lhe pertence, já integra o seu patrimônio, mas ainda não fora exercido. Se vem lei nova, revogando aquela sob cujo império se formara o direito subjetivo, cogitar-se-á de saber que efeitos surtirão sobre ele. Prevalece a situação subjetiva constituída sob o império da lei velha, ou, ao contrário, fica ela subordinada aos ditames da lei nova? É nessa colidência de normas no tempo que entra o tema da proteção aos direitos subjetivos que a Constituição consagra no art. 5º, XXXVI, sob o enunciado de que *a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada*.^{154 e 155}

Esclarece Elival Ramos:¹⁵⁶

O qualificativo "adquirido", todavia, nos domínios do Direito Intertemporal, não indica a mera aquisição do direito, já que, se assim fosse, haveria identidade entre os conceitos de direito adquirido e direito subjetivo. Nas situações em que se busca limitar ou condicionar a eficácia temporal do ato legislativo fazendo apelo ao direito adquirido, o que se está a referir representa algo mais em relação a um simples direito subjetivo: cuida-se do

¹⁵⁴ Ibidem, p. 20.

¹⁵⁵ No magistério de Paulo Modesto, "a função específica da garantia do direito adquirido é assegurar, no tempo, a manutenção dos efeitos jurídicos de normas modificadas ou suprimidas. Trata-se de garantia ocupada com os efeitos concretos da lei. Não se destina a inibir a evolução da legislação, a modificação ou a revogação das leis preexistentes, mas a fazer perdurar os efeitos individuais e concretos da lei alterada ou suprimida mais vantajosa na nova ordem legal. Direitos adquiridos são direitos subjetivos estabilizados no patrimônio jurídico individual e protegidos da aplicação da lei nova. Não são direitos vocacionados a impedir a inovação abstrata da lei. Na verdade, a garantia do direito adquirido pressupõe, como condição para ser aplicada, a efetiva ocorrência de processos de reforma legislativa. Se não há sucessão legislativa, modificação da norma jurídica anterior por norma superveniente mais gravosa, a garantia não tem oportunidade de incidir" (MODESTO, Paulo Eduardo Garrido. Reforma Administrativa e direito adquirido. ILC: Informativo de Licitações e Contratos, v.5, n.51, 447-462, maio/1998, p. 448).

¹⁵⁶ RAMOS, p. 178-179.

direito subjetivo próxima e acentuadamente vinculado ao seu titular, de sorte que mesmo os efeitos imediatos de uma nova legislação não poderiam obstar sua fruição. Para expressar essa idéia, os fautores da doutrina clássica aludiram à patrimonialidade do direito adquirido.¹⁵⁷

Zélio Furtado da Silva,¹⁵⁸ traduzindo os ensinamentos de Gabba,¹⁵⁹ diz que para existir um direito adquirido, deve ele ser "conseqüência de um fato idôneo a produzi-lo, em virtude da lei do tempo no qual o fato foi realizado, ainda que a ocasião de fazer valer tal não se tenha apresentado antes da atuação de uma lei nova a ele concernente"; deve ainda, este direito, "nos termos da lei sob cujo império ocorreu o fato do qual se originou", ingressar imediatamente no patrimônio "que o adquiriu". E continua:

Parta Gabba, os fatos, em virtude dos quais se adquirem os direitos, só produzem esse efeito quando apresentam os requisitos essenciais preestabelecidos pela lei. faltando um único requisito ainda que seja em parte, o fato aquisitivo não produz o efeito da aquisição do direito. Assim os fatos nulos e inválidos não geram Direito Adquirido. Os requisitos essenciais comuns dos fatos aquisitivos, sem os quais estes não produzem efeitos, são os seguintes: 1 - que possam ser executados; 2 - que tenham sido criados em tempo certo; 3 - que aquele que dele quer se aproveitar tenha a capacidade prescrita pela lei; 4 - que tenham sido observadas as formalidades prescritas pela lei sob pena de nulidade.

O professor Ingo Sarlet¹⁶⁰ considera fundamental para a existência de um Estado de Direito que as pessoas tenham segurança com relação à estabilidade de suas relações jurídicas em face das "mudanças experimentadas pelo fenômeno jurídico", lembrando que o direito à segurança é direito humano e fundamental, que consta, desde a Declaração dos Direitos Humanos em 1948, "nos principais documentos internacionais e em expressivo número de Constituições modernas, inclusive na nossa Constituição Federal de 1988", em que tanto o direito geral à segurança como o direito à segurança jurídica, em alguns casos específicos,

¹⁵⁷ Patrimônio, aqui, entendido não somente no sentido econômico: a pessoa que atinge a maioridade civil, por exemplo, adquire o direito a esse estado de capacidade, que passa a pertencer ao seu patrimônio. Seria o "conjunto de direitos, de conteúdo econômico, político, social, moral etc., vinculados ao indivíduo ou entidade de que ele participe de um modo particularmente próximo e intenso" (RAMOS, p. 182).

¹⁵⁸ SILVA, Zélio F., p. 70-71.

¹⁵⁹ *Teoria della retroattività delle leggi*. 3ª ed., Torino: Unione Tipografica, 1884, v. I, p. 227.

¹⁶⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição do retrocesso social no direito constitucional brasileiro, *in* Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada, Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence, Coord. Cármen Lúcia Antunes Rocha, Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 86.

encontram-se previstos expressamente no artigo 5º, bem como em outros dispositivos da Constituição.

Ensina Sarlet que existe "[...] íntima e evidente conexão entre dignidade da pessoa e segurança jurídica, importa, todavia, registrar que um patamar mínimo em segurança (jurídica) estará apenas assegurado quando o Direito assegurar também a proteção da confiança do indivíduo (e do corpo social como um todo) na própria ordem jurídica e, de modo especial, na ordem constitucional vigente".¹⁶¹

Para Zélio Furtado da Silva, concordando com o argumento acima:¹⁶²

O princípio jurídico da irretroatividade da lei tem como atributo a segurança jurídica, sendo esta indispensável para a harmonia social. A certeza, valor intrínseco da segurança, produz no homem um sentimento de confiança nas leis e no Poder que delas emanam. A irretroatividade existe como princípio e não como regra, porque princípio encerra um valor e o valor que a sociedade cultiva é de proteção dos seus direitos e do respeito às situações consolidadas no passado, enquanto a retroatividade é regra, porque vem em atenção a uma necessidade circunstancial de inequívoco interesse da coletividade.

Nesse sentido, o professor Sarlet¹⁶³ acredita que o princípio da segurança jurídica em sentido amplo – para abranger a proteção da confiança acima mencionada – necessita, para que seja eficaz, que os atos do Poder Público sejam claros, confiáveis, racionais e transparentes e que, da mesma forma, os atos dos cidadãos sejam passíveis de terem suas consequências jurídicas calculadas, "de tal sorte que tanto a segurança jurídica quanto a proteção da confiança incidem em face de qualquer ato de qualquer órgão estatal". Para o mestre gaúcho, a segurança jurídica, objetivamente, exige um mínimo de continuidade "do e no" Direito. Por sua vez, a segurança jurídica, no sentido subjetivo, constitui-se na proteção da confiança do cidadão de que, individualmente, suas "posições jurídicas" serão mantidas com a continuidade da ordem jurídica.¹⁶⁴ Resta, portanto, que, em se tratando de "Constituições de um Estado de Direito", os princípios da segurança jurídica e o da proteção da confiança do cidadão na ordem jurídica implicam, de modo a não

¹⁶¹ Ibidem, p. 95.

¹⁶² Op. cit., p. 177.

¹⁶³ Art. cit., p. 96.

¹⁶⁴ "[...] não sabendo o indivíduo se as situações jurídicas de que hoje participa, originárias ou não, de atos voluntários, terão os seus efeitos respeitados pelo Legislador do futuro, estará sendo ferido de morte o valor previsibilidade, conquanto não se abdique do princípio da legalidade, segundo o qual 'ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei'" (RAMOS, p. 129).

merecer controvérsia, na ótica do professor Sarlet, a proteção "dos direitos adquiridos, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada". Nas palavras do professor:¹⁶⁵

De qualquer modo, ainda no que diz com a proteção de confiança, esta atua como importante elemento para a aferição da legitimidade constitucional de leis e atos de cunho retroativo, até mesmo pelo fato de que a irretroatividade de determinados atos do Poder Público encontra o seu fundamento justamente na necessidade de proteger a confiança do cidadão na estabilidade de suas posições jurídicas e do próprio ordenamento, o que tem levado ao reconhecimento, para além da salvaguarda dos direitos adquiridos, até mesmo de um certo grau de proteção das assim denominadas expectativas de direitos, assim como da necessidade de estabelecer regras de transição razoáveis, nos casos de uma alteração de determinados regimes jurídicos.

Ainda neste contexto, convém não olvidar (muito embora seja comum a falta de lembrança) que o princípio da proteção da confiança guarda estreita relação com o princípio da boa-fé (no sentido de que a proteção da confiança constitui um dos elementos materiais da boa-fé). [...] Importa lembrar aqui o fato de que a proteção da confiança constitui um dos elementos materiais do princípio da boa-fé, tendo por corolário – notadamente no âmbito das relações negociais – o dever da parte de não fraudar as legítimas expectativas criadas pelos próprios atos, o que evidencia a conexão direta da boa-fé com a proteção da confiança no sentido de uma certa auto-vinculação dos atos e, portanto, de uma inequívoca relação com a noção de proibição de retrocesso.

De acordo com o professor Ingo,¹⁶⁶ tomando-se em um sentido amplo a idéia da proibição do retrocesso, constata-se que a ordem jurídica brasileira tem, em algumas dimensões, consagrada esta noção. Verifica-se que "a garantia constitucional dos direitos adquiridos[...], assim como as demais limitações constitucionais de atos retroativos ou mesmo as garantias contra restrições legislativas dos direitos fundamentais", deixa clara a intenção do constituinte de vedar o retrocesso nessas hipóteses. No mesmo sentido, o poder constituinte de segundo grau, no que se refere "aos limites materiais à reforma", também encontra proteção da manutenção dos conteúdos constitucionais que integram "o cerne material da ordem constitucional ou – para os que ainda teimam em refutar a existência de limites implícitos – pelo menos daqueles dispositivos (e respectivos conteúdos normativos) expressamente tidos como insuprimíveis (inclusive tendencialmente) pelo nosso constituinte".

¹⁶⁵ SARLET, art. cit., p. 97.

¹⁶⁶ Ibidem, p. 98-99.

O professor Ingo Sarlet¹⁶⁷ lembra, ainda, que a doutrina e jurisprudência estrangeira, em especial a portuguesa, que exerce significativa influência sobre o pensamento jurídico nacional, tem uma "postura amistosa" em relação ao princípio da proibição do retrocesso nos direitos sociais. Conforme Sarlet, a doutrina lusitana defende que após a concretização dos direitos fundamentais constitucionais em nível infraconstitucional, esses direitos "assumem, simultaneamente, a condição de direitos subjetivos a determinadas prestações estatais e de uma garantia institucional, de tal sorte que não se encontram mais na (plena) esfera de disponibilidade do legislador". De modo que, protegidos pelo princípio da proteção da confiança, este "diretamente deduzido do princípio do Estado de Direito", os direitos adquiridos não podem mais ser reduzidos ou suprimidos, sendo inconstitucionais "todas as medidas que inequivocamente venham a ameaçar o padrão de prestações já alcançado".¹⁶⁸

Acompanhando a doutrina de Canotilho e Vital Moreira,¹⁶⁹ o professor Ingo Sarlet afirma que essa proibição de retrocesso "pode ser considerada uma das conseqüências da perspectiva jurídico-subjetiva dos direitos fundamentais sociais na sua dimensão prestacional", assumindo, neste contexto, "a condição de verdadeiros direitos de defesa contra medidas de cunho retrocessivo, que tenham por objeto a sua destruição ou redução".

Vale a lembrança, ainda, por parte do mestre Ingo Sarlet,¹⁷⁰ de que na Alemanha, embora não haja previsão expressa na Constituição de proteção aos direitos adquiridos, tanto a doutrina quanto a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal "sempre cancelaram a proteção (ainda que não ilimitada) tanto do direito adquirido como das própria expectativas de direitos (em que pese com menor intensidade)", o que demonstra "uma compreensão ampla da proibição de retrocesso".

¹⁶⁷ Ibidem, p. 106.

¹⁶⁸ Quando se trata de Direito Intertemporal, soma o professor Ramos, deve-se ter clara a idéia de que um fato que ocorreu no passado pode ser considerado consumado "quando todos os efeitos que lhe eram reconhecidos pela legislação da época se tenham concretizado, esgotando-se a situação jurídica anteriormente à entrada em vigor da nova legislação". Desse modo, "tanto direitos adquiridos quanto atos jurídicos perfeitos podem consumir-se em tempo pretérito, com o que, se atingidos por uma legislação posteriormente editada, estar-se-á diante da retroatividade em seu grau máximo" (RAMOS, p. 149-150).

¹⁶⁹ Aqui o professor Ingo Sarlet menciona CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra Ed., 1982, p. 374; e CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Ed., 1991, p. 131.

¹⁷⁰ Art. cit., p. 108.

No Brasil, "a cláusula do art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, no entanto, veda aos Poderes Públicos, em geral, praticar ofensa ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada".¹⁷¹

É inquestionável que o Poder Legislativo, de qualquer das esferas da federação, é destinatário da norma, do que resulta a proibição de prescrever leis retroativas, ou leis expressamente retrospectivas, que causem prejuízo a uma ou a mais de uma das situações constitucionalmente tuteladas. A projeção de efeitos retrospectivos, [...] por estar relacionada à eficácia ordinária, imediata e prospectiva, do ato legislativo, não exige disposição legal expressa que a determine; entretanto, nada impede que o Legislador assim o estabeleça, com o que estará obrigado a respeitar a trilogia da cláusula constitucional de proteção.¹⁷²

Conforme Paulo Modesto,¹⁷³ a garantia constitucional do direito adquirido (artigo 5º, XXXVI, da Constituição da República) poderia ser comparada a um "guarda-chuva", pois, não impedindo a aplicação com efeitos imediatos da nova lei à coletividade, resguarda a "situação jurídica vantajosa" – em relação à nova lei – incorporada ao patrimônio de determinados indivíduos pela lei anterior, que já incidiu. Permite, portanto, com relação a esses titulares de direitos adquiridos, a ultratividade dos efeitos da lei revogada/modificada, sobre eles não incidindo as normas da nova legislação.

Afirma Paulo Modesto:¹⁷⁴ "trata-se de garantia que opera no plano dos efeitos jurídicos, no plano concreto das relações jurídicas, não no plano lógico abstrato das normas jurídicas. Não diz ordinariamente respeito à validade da alteração normativa, mas aos seus efeitos". Continua o mestre baiano dizendo que "ao se alterar a norma abstrata não se fere direito adquirido, menos ainda a norma de sua garantia, desde que a nova norma abstrata não recuse expressamente a garantia do direito adquirido a certo grupo de indivíduos que efetivamente os titularizem".

Elival da Silva Ramos¹⁷⁵ ensina que "alguns dos direitos subjetivos, isto é, algumas daquelas situações subjetivas de vantagem instauradas a partir de um determinado fato jurídico, em face de norma de direito objetivo, que assim o determine", vinculam-se tão intensamente ao seu titular "que o sistema jurídico lhes

¹⁷¹ RAMOS, p. 174.

¹⁷² Ibidem, p. 175.

¹⁷³ MODESTO, p. 449.

¹⁷⁴ Idem.

atribui um novo *status*, o de *direito adquirido*, para, com isso, torná-los imunes, *em seus aspectos nucleares ou essenciais*, aos efeitos da legislação posterior àquela sob a qual se constituíram".

Lembra ainda o professor Ramos¹⁷⁵ que quando se reconhece um direito adquirido, faz-se "possível identificar um elemento nuclear, que representa a configuração básica desse direito, e elementos periféricos, que gravitam em torno desse núcleo irredutível". Como exemplo ele menciona o direito de férias anuais remuneradas por parte de um servidor público. "À luz da legislação estatutária, via de regra, salvo em relação ao primeiro ano de trabalho, basta ter início o exercício anual para que se reconheça ao servidor o direito às férias". A quantidade de dias a que tem direito e "o procedimento formal legalmente estabelecido para que se inicie o gozo das férias (escala anual, requerimento, autorização etc.)", correspondem a "elementos periféricos", que podem ser alterados, por lei futura, no respectivo estatuto.

Assevera o professor de São Paulo que "em toda e qualquer hipótese o elemento nuclear integrará o direito adquirido a ser protegido", mas "nem sempre [...] os elementos periféricos farão parte desse direito, enquanto barreira oposta à eficácia temporal das leis". Para ele, para descobrir "quando e por que esses elementos externos ao núcleo básico do direito adquirido devem ser considerados parte integrante deste", deve-se buscar resposta "a partir da distinção clássica, advinda da Teoria Geral do Direito, entre normas cogentes e dispositivas, classificação essa fundada no grau de impositividade da norma", sendo que "há normas que estatuem 'um comando de que ninguém pode escapar', ao passo que há outras que 'podem ser afastadas pelo ajuste dos interessados'".

Ramos explica que quando a "matéria da qual exsurge o direito adquirido for disciplinada por normas dispositivas apenas, o núcleo básico daquele direito atrai os elementos que em torno dele gravitam", sendo assim, "a configuração do direito adquirido passa a se dar em função da agregação de todos esses elementos, em uma unidade incindível para efeito de proteção diante dos fenômenos da retroatividade e da retrospectividade".

¹⁷⁵ Op. cit., p. 144-145.

¹⁷⁶ Ibidem, p. 187-189.

Nos casos de direitos adquiridos totalmente em função de "normas cogentes ou de ordem pública",¹⁷⁷ "apenas os elementos periféricos que constituam fatos pretéritos passam a se integrar ao núcleo elementar daqueles". Neste caso, "os elementos circunstanciais que não tiverem eclodido no passado, ao contrário, escapam à referida força atrativa, restando, assim, ao desabrigo do fenômeno da retrospectividade legal, na medida em que não fazem parte do direito adquirido".

Quando ocorrer, o que o mestre Elival Ramos diz ser "muito usual", a hipótese "em que a disciplina da matéria seja composta pela imbricação de normas cogentes e dispositivas", a solução é "se perquirir, em relação a cada elemento periférico, se é regido por norma de uma ou de outra natureza, emprestando-se, então, a solução correspondente".

Existe, ainda, a possibilidade de norma dispositiva "que amparava elemento periférico" ser revogada por outra de caráter cogente, "ao sabor do conhecido fenômeno da publicização do direito privado". Neste caso, "o desenvolvimento de tempo presente e futuro será afetado pela novel legislação" (efeito imediato e prospectivo da lei, que neste caso se aplica aos "elementos periféricos" do direito adquirido que sejam atingidos).¹⁷⁸

Conclui o professor paulista:¹⁷⁹

Disso resulta que o conteúdo fixo e irredutível do direito adquirido é aquele representado por seu núcleo elementar. Os elementos que em torno dele gravitam podem fazê-lo com acentuada proximidade desde o seu nascedouro, compondo, de modo unitário, o direito adquirido [...]; podem também permanecer em uma órbita mais afastada, vindo apenas a se juntar ao núcleo na medida exata em que se dê a passagem do tempo [...]; finalmente, podem, de início, integrar o direito adquirido e, em face de circunstâncias supervenientes ao seu nascimento, deixar de fazê-lo [...]. nessa concepção está-se a conferir um caráter dinâmico à configuração do

¹⁷⁷ "Normas cogentes, vale lembrar, são permeadas pela idéia de interesse público, constituindo sua acentuada impositividade aspecto característico de todas as normas de direito público, mas não exclusivamente destas, visto que aparece amiúde no âmbito do direito privado, naquilo que se convencionou chamar de normas privadas de ordem pública" (RAMOS, p. 188).

¹⁷⁸ "Não é correto afirmar que não há direitos adquiridos oponíveis aos efeitos imediatos e prospectivos das *leis de ordem pública*. O que sucede é que a dimensão, o porte, desses direitos é menor em se cuidando de novação legislativa que envolva lei de ordem pública. E o motivo só pode ser adequadamente identificado se distinguirmos o núcleo irredutível do direito adquirido de seus elementos circundantes ou periféricos [...]. A edição de uma nova lei de ordem pública reconfigura elementos periféricos que, na verdade, não faziam parte do direito subjetivo enquanto direito adquirido ou, na hipótese de publicização da matéria, impede que a força atrativa do elemento nuclear mantenha a ele aglutinados os elementos periféricos, em consonância com a normatividade anterior, com o que o direito adquirido passará a se resumir, doravante, àquele núcleo irredutível" (Ibidem, p. 201 – grifos nossos).

¹⁷⁹ Ibidem, p. 189.

direito adquirido, o que parece adequado às situações de transição legislativa.

Utilizemo-nos da sapiência do mestre José Afonso da Silva, que, procurando explicar o que seja direito adquirido, dá, ainda que brevemente, início à discussão do conflito entre ele e a emenda constitucional:¹⁸⁰

Para compreendermos um pouco melhor o que seja direito adquirido, cumpre retomar a idéia de *direito subjetivo*: é um direito exercitável segundo a vontade do titular e exigível na via jurisdicional quando seu exercício é obstado pelo sujeito obrigado à prestação correspondente. Se tal direito é exercido, foi devidamente prestado, tornou-se situação jurídica consumada (direito consumado, direito satisfeito, extinguiu-se a relação jurídica que o fundamentava). Se o direito subjetivo não foi exercido, vindo a lei nova, transforma-se em *direito adquirido*, porque era direito exercitável e exigível à vontade de seu titular. Incorporou-se no seu patrimônio, para ser exercido quando conviesse ao seu titular. A lei nova (incluindo emendas constitucionais) não pode prejudicá-lo, só pelo fato de o titular não o ter exercido antes.[...] Essa possibilidade de exercício do direito subjetivo foi adquirida no regime da lei velha e persiste garantida em face da lei superveniente (incluindo emenda constitucional). Vale dizer – repetindo: o direito subjetivo vira direito adquirido quando lei nova vem alterar as bases normativas sob as quais foi constituído. Se não era direito subjetivo antes da lei nova, mas interesse jurídico simples, mera expectativa de direito¹⁸¹ ou mesmo interesse legítimo, não se transforma em direito adquirido sob o regime da lei nova, que, por isso mesmo, corta tais situações jurídicas subjetivas no seu *iter*, porque sobre elas a lei nova tem incidência imediata. Não se trata aqui da questão da *retroatividade da lei*, mas tão-só de limite de sua aplicação.

O professor Zélio¹⁸² atenta, ainda, que, "no entendimento de que as definições são formas que limitam a compreensão do objeto", no caso brasileiro, o constituinte, consciente de que não seria possível abarcar todas as situações, "ao deixar de definir no texto constitucional o que é direito adquirido, decidiu por um sentido mais amplo, dentro da compreensão natural do que ele seja". Desta forma, quis o constituinte proteger a qualquer direito adquirido.

¹⁸⁰ SILVA, José A.. Constituição e segurança..., p. 20-21.

¹⁸¹ Ensina Silva Ramos que "para que possa existir uma expectativa de direito, o fato ou ato jurídico ensejador da situação subjetiva deve estar em desenvolvimento, não obstante ainda não se tenha completado, já que, se assim fosse, estaria caracterizado o direito adquirido". Continua o professor ensinando que o processo de formação do direito adquirido divide-se em três fases: "primeiro há apenas a previsão legal, em abstrato, de um fato que, uma vez ocorrido, terá como consequência o surgimento do direito; em um nível intermediário temos o desencadeamento do pressuposto fático, sem que se tenha, contudo, aperfeiçoado completamente; finalmente, o fato aquisitivo se perfaz por inteiro e nasce o direito que, em face de suas características intrínsecas, se reconhece como adquirido. Na primeira etapa está situado o regime jurídico ou a faculdade legal; na segunda, a expectativa de direito; por fim, temos o direito adquirido" (op. cit., p. 185).

¹⁸² SILVA, Zélio F., p. 50-51.

3.3 Direito adquirido em face do poder constituinte originário

Conforme diz o mestre Machado Horta,¹⁸³ é pacífico no direito brasileiro que o direito adquirido é intangível considerado em relação à legislação ordinária. O problema aqui passa a ser a verificação de tal intangibilidade face a um texto constitucional.

Com relação à constituinte originária, no caso de uma nova Constituição, geralmente a alteração da ordem estabelecida – "estrutura política, social e econômica"¹⁸⁴ – é de grande vulto, principalmente naqueles casos em que a constituinte é chamada a atuar em tempos de revolução, casos em que a experiência histórica demonstra que "as situações consolidadas anteriormente" não foram óbice à criação do legislador originário, ficando o direito adquirido prejudicado.¹⁸⁵

Nas palavras de Carlos Ayres Britto e Valmir Pontes Filho,¹⁸⁶

se somente a Constituição originária é que se põe na linha de largada do Direito Positivo, sua irrupção no cenário jurídico significa a postura radical do começar tudo de novo, e não simplesmente a do ajeitar, respeitar ou completar as coisas. Isto pelo fato de que seu órgão de elaboração (Assembléia Nacional Constituinte, no caso brasileiro) é o único a se caracterizar como instância capaz de normar sem ser normada; vale dizer, como instância que tem a exclusiva força de preservar ou deixar de fazê-lo, toda e qualquer entidade normativa produzida à luz da velha ordem jurídica.

Tome-se os exemplos citados por Machado Horta:¹⁸⁷ é o caso do ocorrido no processo revolucionário francês de 1789 com "a abolição do regime feudal, de seus direitos e deveres, sem indenização, por ato da Assembléia Nacional", o que, para Horta, foi o sepultamento dos direitos adquiridos à época, sendo que "a Constituição Francesa de 1791 legitimou e consagrou a derrocada do antigo regime".

¹⁸³ HORTA, p. 245.

¹⁸⁴ Idem.

¹⁸⁵ Carlos Ayres Britto e Valmir Pontes Filho também reforçam essa idéia quando dizem que "sendo o começo lógico de toda normatividade jurídico-positiva de um Estado soberano, a Constituição tem à sua mercê qualquer norma que lhe seja cronologicamente anterior, mesmo que se trate de norma veiculadora de um direito já adquirido por alguém" (Direito Adquirido Contra as Emendas Constitucionais. Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba 2 – Direito Administrativo e Constitucional – Celso Antônio Bandeira de Mello (organizador), Malheiros, São Paulo, 1997, p. 152).

¹⁸⁶ Ibidem, p. 152-153.

¹⁸⁷ Op. cit., p. 246-247.

Outro exemplo seria o da "Declaração dos Direitos dos Povos da Rússia, de 15 de novembro de 1917", que seria o primeiro documento político após a Revolução Comunista de 1917 e que "suprimiu a propriedade e proclamou a libertação dos camponeses do poder dos proprietários da terra".

A Constituição da República Socialista Federativa Soviética, de 1918 impôs uma nova ordem que se fundava "na socialização da terra, na abolição da propriedade privada, com a transferência aos trabalhadores, sem nenhuma indenização, de todas as terras, consideradas, doravante, patrimônio do povo (art. 3º, **a e b**)". Houve a conversão em propriedade do Estado Soviético das fábricas, oficinas, ferrovias, bancos dentre outros "meios de produção e de transporte", conforme Horta, no artigo 3º, **c e e**, bem como o "repúdio aos empréstimos contraídos pelo Governo Czarista (art. 3º, **d**)".

Nas palavras de Horta,

a Revolução Soviética expropriou a propriedade privada e socializou os meios e instrumentos de produção. A Revolução Francesa de 1789, criando as condições favoráveis à implantação e apropriação da propriedade privada pela burguesia, não estendeu a esta instituição o amparo do princípio constitucional da irretroatividade das leis,

que ficou restrito, no caso francês, à irretroatividade da lei criminal. Foram Constituições que além de eliminar os direitos adquiridos como acima mencionado, não previram, nos seus textos, proteção a esse direito.

No caso brasileiro, Machado Horta menciona a Constituição de 1891 que, dando continuidade ao direito que vigia antes da sua entrada em vigor, recepcionando todas as normas que não houvessem sido tácita ou expressamente revogadas, apresentou apenas uma mudança que poderia ser considerada drástica, conforme o professor mineiro, qual seja: a extinção dos privilégios de nascimentos, dos foros de nobreza e das ordens honoríficas.¹⁸⁸

O professor Raul¹⁸⁹ diz que o direito adquirido não existe se for incompatível com a Constituição, o que para ele "é o caso extremo da inaplicabilidade e descontinuidade do direito anterior". Nessa linha, pode-se entender que o poder constituinte originário pode "revogar o direito adquirido, da mesma forma que revoga as leis anteriores incompatíveis".

¹⁸⁸ Ibidem, p. 248.

Pode-se concluir, a partir do apresentado, que não há direitos adquiridos em face do poder constituinte originário.

¹⁸⁹ Idem.

4 EMENDAS CONSTITUCIONAIS E DIREITO ADQUIRIDO¹⁹⁰

Para o professor Horta, o poder constituinte derivado teria os "mesmos condicionamentos, que agem sobre o poder constituinte originário, em matéria de direito adquirido", lembrando que se sobressairia, neste ponto, "o princípio da continuidade das leis, salvo incompatibilidade com a norma constitucional". Mas, como bem lembra o professor, "há diferença de grau e intensidade entre o poder constituinte originário e o poder constituinte de revisão", sendo que, no Brasil, conforme a Constituição de 1988, existem "limitações materiais que incidem no exercício do poder constituinte de revisão" com relação ao direito adquirido, pois proíbe deliberação de proposta de emenda que possa abolir "os direitos e garantias individuais", dentre eles, o direito adquirido, que é previsto na Constituição como tal (art. 5º, XXXVI). Nas palavras de Horta:¹⁹¹

O poder constituinte originário poderá, em tese, suprimir o direito adquirido, de modo geral, incluindo nessa supressão a regra que veda a lei prejudicial de direito adquirido. No caso do poder constituinte de revisão, será questionável a emenda que propuser a supressão do direito adquirido, assegurado pelo constituinte originário. A emenda ficará exposta a arguição de inconstitucionalidade.

Por outro lado, à emenda constitucional é vedado, por cláusula expressa da Constituição, propor a abolição do princípio que protege o direito adquirido contra a lei prejudicial a ele. O mencionado princípio é direito individual, integrando o título dos *Direitos e Garantias Fundamentais*, que a Constituição deu por irreformável.

O professor Gurgel de Faria ensina que as limitações impostas expressamente ao poder de reforma na Constituição brasileira (art. 60, § 4º) "constituem as chamadas cláusulas pétreas, dentre as quais se insere o direito adquirido, na condição de garantia individual (art. 5º, XXXVI)".¹⁹²

Ayres Britto e Pontes Filho¹⁹³ entendem que o "órgão de elaboração" das emendas constitucionais não tem característica de "instância exclusivamente

¹⁹⁰ Eis a oposição dos assuntos.

Já tendo sido, de certa forma, exposto o tema em linhas gerais e esclarecidas as suas bases, com a união de tudo o que já foi visto nos capítulos anteriores, pode-se, agora, partir para o seu desenvolvimento, a fim de compreender a relação conflitante entre as emendas à Constituição e os direitos adquiridos.

Trata-se de uma discussão que, pela dificuldade e abrangência do tema (que relaciona diversos outros), ainda não encontrou o consenso na doutrina e jurisprudência brasileira, como será demonstrado.

¹⁹¹ HORTA, p. 250.

¹⁹² FARIA, p. 49.

¹⁹³ BRITTO e PONTES FILHO, p. 153-154.

normante, exatamente porque já derivado da primária manifestação de vontade normativa daquele que elaborou a Constituição mesma", o que os leva a concluir, como boa parte da doutrina, que sua natureza não é a de um poder constituinte,¹⁹⁴ estaria abaixo disso, seria um poder reformador, que "só pode ser encarado como centro deliberativo que não exercita a plenitude de um poder correlatamente desconstituente [...] somente pode normar nos termos em que pela Constituição já se encontra normado".

Aqui passa a existir um conflito entre duas correntes doutrinárias, pois existe quem defenda que o poder de reforma é sim um poder constituinte; e mais, defende que quando a Constituição determina que a "lei" não poderá prejudicar direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada, esse comando é dirigido apenas (no que se refere ao Legislativo) ao legislador infraconstitucional. Considerando que as emendas são leis de caráter constitucional.

4.1 O dissenso

Ayres Britto e Pontes Filho¹⁹⁵ ensinam que a Constituição brasileira regula as emendas como "uma das espécies normativas que se integram no 'processo legislativo' (art. 59, I)", têm, portanto, a natureza de lei. Lembram ainda que a Constituição as impôs "barreiras formais e até materiais de caráter intransponível (art. 60, parágrafo quarto)". E continuam dizendo que entendem que "a Constituição

¹⁹⁴ Vastas são as lições nesse sentido. Canotilho ensina que "o poder de revisão constitucional é, conseqüentemente, um poder constituído tal como o poder legislativo. Verdadeiramente, o poder de revisão só em sentido impróprio se poderá considerar constituinte; será, quando muito, uma paródia do poder constituinte verdadeiro" (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*, 6ª ed., Coimbra, Livraria Almedina, 1993, p. 95, apud FARIA, p. 47). Ivo Dantas, na mesma linha, diz que "[...] confundem-se os conceitos de Poder Constituinte e de Poder de Reforma, este último, às vezes, impropriamente denominado de Poder Constituinte Derivado e contraposto ao Poder Constituinte Originário. Esclarecidos, entretanto, os dimensionamentos conceituais de ambos, ver-se-á que, enquanto o primeiro não conhece em sua manifestação 'limitações jurídico-positivas', o segundo, ao contrário, não poderá livrar-se de balizamentos jurídicos previamente estabelecidos, o que explica, de forma incontestada, a aplicação do controle de constitucionalidade à obra que pelo Poder Reformador vier a ser produzida". Diz ainda o professor Ivo: "Tais expressões – Poder Constituinte Originário e Poder Constituinte Derivado – não nos satisfazem, dentre outros motivos, por trazerem em si contradições, até mesmo de ordem semântica. Assim, em nosso entender, ou estamos diante de um *Poder Constituinte* (necessariamente originário e juridicamente ilimitado), ou estamos diante de um *Poder Constituído de Reforma* (necessariamente derivado e juridicamente limitado). [...]" (DANTAS, p. 5). O professor Gurgel de Faria também concorda com essa posição e conclui ser indevido dar ao poder de reforma o *status* de poder constituinte, sendo inadequado dividir o poder constituinte em originário e derivado, utilizando-se, em seu artigo, da nomenclatura "poder de reforma" para tratar da "faculdade de se alterar a Constituição" (FARIA, p. 47-48).

¹⁹⁵ BRITTO e PONTES FILHO, p. 154.

é o exclusivo momento que vai da sociedade ao Estado, enquanto as emendas correspondem apenas a um dos vários momentos que vão do Estado à sociedade".

Após, deduzem que "a permanência ou não de um direito já adquirido é matéria que se equaciona, antes de tudo, em face do originário Texto Maior. E não das emendas, porque as emendas constitucionais são padecentes de inferior hierarquia jurídica, se confrontadas com a primitiva Constituição", que, "a partir da altissonante regra de que 'a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada' (art. 5º, inciso XXXVI)", garante e protege os direitos adquiridos, inclusive das emendas.

A partir disso, os professores iniciam a discussão doutrinária conforme segue:¹⁹⁶

Anotada, assim, a diferenciação entre as normas constitucionais originárias e aquelas produzidas por um poder de segundo escalão, já podemos partir para a seguinte observação: a afirmativa dos que negam a sobrevivência do direito adquirido, ante as emendas, é feita com apoio na intelecção de que a lei é que está proibida de desrespeitar esse tipo de direito. Não as emendas, que têm hierarquia superior à da lei. É como se pronuncia Paulo Modesto, em recente e precioso estudo sobre o tema, do qual reproduzimos o seguinte trecho: "O direito adquirido, por conseguinte, ao contrário do que alguns órgãos de imprensa teimam em dizer, não é garantia dirigida ao poder constituinte, originário ou reformador. É garantia do cidadão frente ao legislador infraconstitucional, utilizável para impedir a eficácia derogatória da lei nova em face de situações jurídicas constituídas no passado por leis ordinárias ou leis complementares" (em *Reforma Administrativa e Direito Adquirido ao Regime da Função Pública*, p. 7).

Defendem, Ayres Britto e Pontes Filho,¹⁹⁷ que "não é inteiramente acertado esse modo de pensar a Constituição de 1988", pois que as emendas constitucionais "têm força impositiva superior à da lei – certo é dizê-lo –, mas nem por isso estão liberadas da vedação constitucional da imposição de prejuízo ao direito já adquirido pelo respectivo titular". Os mencionados juristas alegam que "como a lei poderia tomar o que ela mesma deu, segundo o princípio de que a lei posterior revoga a anterior", a Constituição impediu que isso pudesse acontecer "sempre que o titular do direito abstratamente concedido já houver preenchido, em concreto, as respectivas condições de exercício", configurando-se esse direito subjetivo, como adquirido. "Direito adquirido, portanto, a significar a permanência de efeito pontual de norma já riscada do mapa jurídico".

¹⁹⁶ Idem.

¹⁹⁷ Ibidem, p. 155.

Responde Paulo Modesto:¹⁹⁸

Os que defendem que a garantia do direito adquirido não é somente dirigida ao legislador ordinário, mas também ao poder de reforma constitucional esquecem a lógica que rege esse sistema. Se o direito adquirido *qualquer que seja a sua fonte*, como situação jurídica individual, for oponível também em face da Constituição, ou de *emenda* que a modifique, o poder de reforma estará submetido a limites materiais semelhantes ao do legislador ordinário, contido segundo quase o mesmo grau de condicionamento, *quando toda a lógica do sistema aponta para menores condicionamentos e maior liberdade de iniciativa quanto ao conteúdo possível de alteração*. No sistema jurídico nacional, *lei e emenda constitucional são entidades claramente distintas*. A lei é veículo ordinário de expressão normativa, irrompe com certa agilidade no processo legislativo, mas encontra ampla delimitação material fornecida pela Constituição. A emenda, de revés, é veículo normativo extraordinário, episódico, de difícil produção no plano processual, mas, em contraponto, dotado de maior abertura no campo material, pois está limitado apenas pelas "cláusulas pétreas" previstas na própria Constituição. [...].

Os autores que defendem que a garantia do direito adquirido é também limite à eficácia do poder de reforma dizem que a palavra "lei", empregada expressamente no enunciado do art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, não é somente dirigida ao legislador ordinário, mas também ao poder de reforma constitucional. A Constituição, lembram, é também uma lei. Ninguém o contesta. Porém o que se esquece de mencionar é que o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, a quem cabe a última palavra em matéria de interpretação constitucional, entende que a palavra "lei" no art. 5º, XXXVI, da Constituição de 1988, *constante também de normas semelhantes de Constituições anteriores*, vem empregada na Constituição em sentido formal, colhendo apenas ao legislador infraconstitucional. A Constituição é lei em sentido material; em sentido formal, excede às leis ordinárias, gozando de supralegalidade, vale dizer, eficácia inaugural e sobranceira na ordem jurídica. A Constituição não conhece limites anteriores ou posteriores aos constantes dos seus próprios comandos. Disto se vale a Constituição tanto para atribuir quanto para retirar a base de validade de disposições legislativas ordinárias e limitar ou ampliar situações jurídicas individuais, não ficando de modo algum condicionada pelas normas infraconstitucionais que lhe desdobram o conteúdo, sejam ou não declaratórias de direitos ou obrigações. Esse fato vincula-se também ao caráter político eminente das normas constitucionais. Presume-se que as normas constitucionais condensam a vontade fundamental da nação, o interesse público em seu sentido mais amplo, as aspirações coletivas mais densas, diante das quais não caberia perpetuar situações individuais mais vantajosas.

Contra a Constituição inexistente o princípio do direito adquirido e, tampouco, o princípio da irretroatividade. As normas constitucionais não apenas incidem imediatamente (o que se presume, salvo inequívoca disposição em contrário), como é-lhes permitido retroagir, para alcançar "efeitos passados de fatos passados", nesse último caso desde que se faça a ressalva mediante declaração expressa. A regra é a imediatidade eficaz das normas jurídicas constitucionais. Se se deseja manter no tempo, ou por certo tempo, a aplicação de normas anteriores contrárias ao novo mandamento constitucional, exige-se norma de transição expressa. Se o objetivo é a aplicação do novo dispositivo constitucional também para alterar

¹⁹⁸ MODESTO, p. 451-452 (grifos nossos). Vale ressaltar que esse artigo foi elaborado em resposta às críticas de Ayres Britto e Pontes Filho, conforme aponta o próprio Paulo Modesto na sua primeira nota de rodapé.

no passado efeitos jurídicos já consolidados, a mesma exigência de explicitude é feita.

Conforme o professor Paulo Modesto, tudo o que acima foi transcrito, retirado de seu artigo, está pautado na jurisprudência do STF, em acórdãos "que afirmam expressamente ser inadmissível opor direito adquirido a normas da Constituição Federal, resultem ou não de emendas constitucionais".¹⁹⁹ E cita diversos deles, anteriores e posteriores à Constituição de 1988.²⁰⁰

Ocorre, porém, que o entendimento atual do STF não poderia ser unânime em favor da posição do professor Paulo, como queria ele entender, pois o próprio debatedor aqui, que defende ponto de vista contrário, Ayres Britto, é hoje um de seus Ministros.

Observe-se fragmentos de votos de alguns Ministros na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 3.105-8, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ellen Gracie, julgada em 18/08/2004), que tratou, recentemente, do art. 4º da emenda nº 41/03, que dispõe sobre a contribuição previdenciária dos inativos:

[...] Entretanto, pergunta-se: E se a Emenda Constitucional não assegurar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada? Em face da dignidade da espécie normativa invocada, seria possível? Penso que não.

[...] Permito-me agora dizer o seguinte: os que defendem a possibilidade de emenda ofender o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada partem de uma só base intelectual: a Constituição não proibiu as emendas, só proibiu as leis de fazê-lo. Se esse raciocínio fosse levado às últimas consequências, cairíamos todos em contradições grotescas. Por exemplo: quando a Constituição falou da lei como veículo impositivo de deveres – positivos ou negativos –, só falou de leis (art. 5º, II): "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei";

Ela não disse "senão em virtude de emenda".

E esse silêncio quanto às emendas iria interditá-las para impor obrigações positivas ou negativas a terceiros? É evidente que não.

Quando a Constituição falou de crime de responsabilidade (art. 85), disse que o Presidente da República incorreria em crime de responsabilidade quando deixasse de cumprir as leis ou as decisões judiciais. Ela não falou de emendas. Entretanto, é claro que ofender uma emenda é, sim, crime de responsabilidade. A Constituição simplesmente não falou de emenda porque não precisou.

Quando a Constituição emite discurso de que "a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada" (art. 5º,

¹⁹⁹ Ibidem, p. 455.

²⁰⁰ Visto que é a Constituição de 1988 que lidera nosso ordenamento jurídico, e que, como já antes mencionado, conforme entende o professor Zélio, o que diferencia a Constituição de 1988 das anteriores é o fato de que a previsão do art. 5º, XXXVI, tornou-se "imodificável por qualquer processo legislativo, a teor do art. 60, § 4º, IV" (SILVA, Zélio F., p. 105-106), parece pertinente não levar em consideração os acórdãos anteriores à ela.

XXXVI), ela está dizendo direito/lei, qualquer ato da ordem normativa constante do art. 59 da Constituição. A emenda está ali, prefigurada. Então, entendo que as emendas estão proibidas de ofender as três emblemáticas e estelares figuras: o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada (Min. CARLOS AYRES BRITTO).

Sustento, Sr. presidente, de longa data, que **o constituinte derivado deve respeitar o direito adquirido**, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, que constituem garantias constitucionais da segurança jurídica. Ainda sob o pálio da Constituição pretérita, **que não estabelecia, expressamente, como cláusula pétrea, os direitos e garantias individuais**, sustentei, no ano de 1971, como juiz federal em Minas, que uma **emenda constitucional não poderia afrontar as garantias do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada**. É que, consagrando a Constituição tais garantias, não seria possível ao constituinte derivado afrontá-las, certo que a afirmativa no sentido de que a emenda constitucional passa a integrar o texto constitucional e, assim, seria a própria Constituição que estaria a excepcionar a regra, há de ser entendida *cum grano salis*. É que, se fosse admissível a afirmativa, ficaria a Constituição contraditória com ela própria (Min. CARLOS VELLOSO).

[...] **o princípio constitucional do direito adquirido** não se mostra apto a proteger as posições jurídicas contra eventuais mudanças dos institutos jurídicos ou dos próprios estatutos jurídicos previamente fixados. **E parece inegável que esse princípio se aplica de forma inequívoca às Emendas Constitucionais** (Min. GILMAR MENDES)

[...] o inciso IV do § 4º do artigo 60 da Constituição do Brasil veicula regra dirigida ao Poder Constituinte derivado, que é quem não deverá deliberar sobre proposta de emenda constitucional tendente a **abolir** os direitos e garantias individuais. A ação/objeto é não abolir, vale dizer, **não excluir do texto da Constituição qualquer dos direitos ou garantias individuais** [...].

Aqui a regra não incide, pois a emenda constitucional promulgada não afetou **o texto** do artigo 5º, inciso XXXVI da Constituição do Brasil. O que se alega é que o artigo 4º da EC 41/03 violaria o princípio da segurança jurídica, afrontando o disposto no artigo 5º, inciso XXXVI, na proteção do direito adquirido e do ato jurídico perfeito. Cuida-se de **alegada violação a direito, não de sua abolição [= exclusão] do texto da Constituição**, no sentido acima indicado (Min. EROS GRAU).

[...] Quero fazer uma referência, embora ausente, do Ministro Marco Aurélio: sorri muito profundamente, Ministro Celso de Mello, quando ouvi referências e leitura alongada do Ministro Marco Aurélio com relação a voto e debate de que participei na Assembleia Nacional Constituinte. Leu o Ministro Marco Aurélio, Vossas Excelências ouviram, e em todo momento a palavra que usei foi esta: a lei não atingirá o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Lá, Ministro Sepúlveda Pertence, o discurso era exatamente este: **falava-se na lei infraconstitucional**. Por quê? Porque sempre tive presente, no processo constituinte, que a petrificação contra a Constituição, quando as necessidades sociais possam determinar situações adversas, corresponde a empurrar os governos para a ilegalidade e para o golpe, no sentido de derrubar a Constituição para reformá-la. Isso, as Constituições, na sua manutenção e na sua plasticidade futura, não podem impor à sociedade (Min. NELSON JOBIM).

Para concluir, Sr. Presidente, creio que a ação direta não merece prosperar também porque o art. 5º, XXXVI, da Constituição **protege os direitos adquiridos contra iniciativas do legislador infraconstitucional, e não do constituinte derivado** (Min. JOAQUIM BARBOSA).

Vê-se que não há consenso, também, no Supremo.

O professor Paulo Modesto afirma, ainda, que "na doutrina jurídica nacional, por igual, é amplamente majoritário o tratamento da garantia dos direitos adquiridos como norma dirigida exclusivamente ao legislador *infraconstitucional*, aos administradores e aos magistrados".²⁰¹ e ²⁰²

Por outro lado, alegam os professores Britto e Pontes Filho²⁰³ que "ao dispor sobre o direito adquirido, a Constituição dele fez uma das formas de particular manifestação do princípio da segurança jurídica", que se encontra expresso no texto da cabeça do artigo 5º da Constituição, abrindo capítulo que trata dos direitos e garantias individuais, "e, por isso mesmo, subtraído ao poder legiferante do Congresso Nacional, ainda que agindo este como poder reformador". Mencionam que é esta "a vedação que se contém no inciso IV do § 4º do art. 60, nestes esclarecedores termos: 'Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) IV – os direitos e garantias individuais'".

Com esse nosso modo de ver as coisas, não estamos negando que as emendas possam prejudicar (por modificação ou supressão) certos direitos subjetivos que não façam parte da relação dos expressamente nominados como "direitos e garantias individuais". O que estamos a afirmar é que os direitos subjetivos, tanto os de alicerce constitucional quanto os de base simplesmente legal, uma vez adquiridos, seja qual for a respectiva natureza (direito individual, social, político, funcional etc.), não mais se expõem a lesão por conduto de reforma constitucional. A normatividade das emendas, no caso, já nasce etiquetada com o signo do "doravante", e jamais com o timbre do "desde sempre".

²⁰¹ Ibidem, p. 458 (grifos nossos).

²⁰² Da mesma forma que o professor Paulo, entende Hugo de Brito Machado: "Nada, entretanto, impede que o próprio constituinte, ao fazer a Constituição, ou a emendá-la, determine expressamente que o preceito novo aplica-se a projeções de fatos anteriores, pois a limitação residente no princípio da irretroatividade, mesmo inscrito na Constituição, a ele não se dirige. Nem seria válido o argumento segundo o qual a garantia do direito adquirido constitui um direito fundamental, inatingível por emendas à Constituição, por força de seu art. 60, § 4º, IV. Essa garantia constitucional é uma limitação de poderes do legislador ordinário. O legislador dotado de poder constituinte, mesmo que apenas reformador, ou derivado, a ela não está submetido. E por isto mesmo não se pode dizer que a elaboração, pelo legislador constituinte reformador, de uma norma retroativa, tende a abolir a garantia da irretroatividade das leis" (Direito adquirido e coisa julgada como garantias constitucionais, *in* Revista dos Tribunais, volume 714, São Paulo: Revista dos Tribunais, abril de 1995, p. 21-22). Observa o professor Elival Ramos que nesta passagem Brito Machado dá o nome de "'norma retroativa' a uma norma constitucional que faz cessar a projeção em tempo presente dos efeitos de fatos pretéritos, ou seja, uma norma retrospectiva" (RAMOS, p. 236), conforme anteriormente exposto.

²⁰³ BRITTO e PONTES FILHO, p. 156-157.

Em suma, quer se trate de direito que se adquire em sede legal, quer se trate daquele que se obtém por virtude de norma constitucional, tudo é matéria tabu para as leis e as emendas à Constituição, indistintamente. Um e outro direito subjetivo são alcançados pelo princípio constitucional da segurança jurídica e, nessa medida, garantidos pela petrealidade de que trata o inciso IV do § 4º do art. 60 da Carta de Outubro.²⁰⁴

E arrematam lembrando de que não se deve estranhar a "ultra-operatividade" (no mesmo sentido da já explicada *ultratividade*) gerada no caso concreto em que a emenda constitucional nova for incompatível com direito adquirido em face de lei por ela revogada. Dizem que esse fenômeno legislativo "foi antecipadamente ressalvado pela Constituição originária". Nas suas palavras: "mera consequência lógica do irrefutável juízo de que a Constituição originária tudo pode, inclusive para esse efeito de não permitir o desfazimento de um direito cuja regra de concessão venha a colidir com futura emenda constitucional".^{205 e 206}

Ivo Dantas destaca que o vocábulo "lei" do artigo 5º, XXXVI da Constituição

[...] engloba, indistintamente, todas as espécies legislativas contidas no art. 59 do texto constitucional pois, se assim não fosse, estaríamos admitindo que só a *Lei* (tomada apenas no sentido formal e restrito) não poderia prejudicar o *direito adquirido*, o *ato jurídico perfeito* e a *coisa julgada*. Em consequência, os *decretos legislativos* e as *resoluções*, por serem destituídos daquele sentido, não estariam incluídos na limitação prevista e determinada pelo inciso XXXVI?²⁰⁷

O professor Elival Ramos ensina que "não é lícito às emendas constitucionais, ao disporem sobre determinadas matérias, causar prejuízo a direitos adquiridos, sejam eles de base infraconstitucional, sejam eles fundados em dispositivos da própria Constituição", caso contrário, estaria a se permitir, "por via oblíqua e dissimulada, que, paulatinamente, vá-se tornando a garantia letra morta,

²⁰⁴ Ibidem, p. 156.

²⁰⁵ Ibidem, p. 160-161.

²⁰⁶ "Em rigor de interpretação, a norma cuja materialidade venha a ser abalroada por emenda constitucional já não prossegue como centro de imputação jurídica. Perde a eficácia. Mas o direito por ela outorgado sobrevive, incólume, desde que já inscrito no rol dos adquiridos. Com o quê não se tem a 'invenção' de uma nova cláusula pétrea, mas simplesmente a compreensão de que a cláusula pétrea dos direitos e garantias individuais é suficientemente lata para incorporar a ultra-atividade de norma produtora de um direito subjetivo cujas condições de gozo já se encontrem factualmente preenchidas" (Ibidem, p. 161).

²⁰⁷ DANTAS, p 61.

condenada a fazer parte da hedionda galeria das disposições constitucionais despregadas da realidade".²⁰⁸

[...] Conclui-se que a norma de limitação da eficácia temporal das leis entranhada no inciso XXXVI do art. 5º da Constituição de 1988 constrange tanto a legislação infraconstitucional quanto as emendas à Constituição, impedindo, por conseguinte, que os efeitos retroativos expressamente prescritos pelo Constituinte de revisão possam prejudicar direitos adquiridos e, outrossim, que os efeitos imediatos inerentes às leis constitucionais, tanto quanto em relação às demais modalidades de atos administrativos, atinjam, retrospectivamente, esses mesmos direitos. No primeiro caso, se a eficácia retroativa projetada pela emenda levar de roldão direitos adquiridos, estará configurado o vício de inconstitucionalidade material, objeto, em nosso ordenamento jurídico, da sanção de nulidade, a ser declarada na via incidental ou por meio de ação direta declaratória de inconstitucionalidade. No segundo caso, há que se distinguir: se a emenda constitucional contemplar expressamente a retrospectividade lesiva a direito adquirido, haverá vício de inconstitucionalidade; se não o fizer, caberá aos órgãos oficiais incumbidos de sua aplicação afastar, em concreto, essa específica conformação da eficácia imediata, com o que restarão indenados os direitos precedentemente adquiridos.^{209 e 210}

Por fim, Machado Horta²¹¹ leciona que, no Direito Constitucional Brasileiro, a relação entre Constituição e direito adquirido segue a seguinte linha: a) "a Constituição é fonte e protetora do direito adquirido"; b) somente seria possível recusar direito adquirido, se este se apresentar manifestamente "incompatível com preceito da Constituição"; c) o constituinte originário, embora possa, "não tem exercitado, com frequência, a competência para negar e desfazer o direito adquirido"; d) resultando, o direito adquirido, de "decisão do constituinte originário ou de sua compatibilidade com a Constituição", não é possível ao poder constituinte derivado sua desconstituição, podendo ser argüida inconstitucional, "por violação de decisão fundamental do constituinte originário", eventual emenda que tivesse esse fim; e) tratando-se de direito e garantia individual, "o princípio constitucional que protege o direito adquirido contra lei prejudicial" não pode ser abolido por emenda à

²⁰⁸ RAMOS, p. 238.

²⁰⁹ Ibidem, p. 240.

²¹⁰ O professor Elival ainda cita (Ibidem, p. 241) a passagem do jurista José Afonso da Silva: "a conclusão é simples e peremptória: a reforma ou emenda constitucional não pode ofender direito adquirido, pois está sujeita a limitações, especialmente limitações expressas, entre as quais está precisamente a de que não pode pretender abolir os direitos e garantias individuais, e dentre estes está o direito adquirido" (Poder constituinte e poder popular – estudos sobre a Constituição. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 233); Ivo Dantas entende que "quando se fala em *Emenda Constitucional*, esta é manifestação de um *Poder Constituído* – Poder de Reforma –, integrando, nos termos do art. 59 (CF, 1988), o *Processo Legislativo* e, como tal, encontra-se obrigada a render homenagens ao texto da Constituição, conclusão a que se chega não por mero exercício exegético, mas, inclusive, por determinação expressa deste mesmo texto (art. 60, § 4º)" (op. cit., p. 62).

²¹¹ HORTA, p. 250.

Constituição, na realidade, nem proposta de emenda é possível nesse sentido; f) está incorporada "à estrutura do regime político e do Estado Democrático Brasileiro", desde a Constituição de 1934, a proteção constitucional do direito adquirido; g) as mudanças ocorridas nas Constituições, desde a queda do Império até hoje, no Brasil, não geraram "mudanças radicais comandadas por revoluções portadoras de nova ideologia e de novo ordenamento social, político e econômico"; h) na "evolução constitucional brasileira" não houve oposição entre direito adquirido e Constituição, ao contrário, ocorreu a "acomodação e o convívio" entre eles.

Assevera o professor Paulo Modesto que "a questão dos direitos adquiridos, no entanto, sempre aberta a novas abordagens e concretizações, parece encontrar solução adequada apenas quando é considerada caso a caso pelo magistrado, a quem cabe em última instância precisar os limites de aplicação de todo o direito novo".²¹²

Somente com a análise do caso concreto pode-se verificar a existência e dimensão de um direito que seja pleiteado como adquirido.

²¹² MODESTO, p. 462.

CONCLUSÃO

Somente o constituinte originário poderia eliminar, sem maiores dificuldades, direitos adquiridos.

Deve-se lembrar que a emenda é uma lei que só passa a gozar do caráter de *constitucional* após integrar-se perfeitamente à Constituição, ou seja, após passar pelo controle de constitucionalidade, em todas as fases previstas pela Carta, o que obriga, ao legislador reformador, respeitar todos os limites formais e materiais, explícitos ou implícitos, conforme discorrido neste trabalho.²¹³

Demonstra maior coerência a interpretação dos juristas que entendem que "lei", no artigo 5º, XXXVI da CR, traduz-se por qualquer legislação posterior à entrada em vigor da Constituição de 1988, inclusive emenda.²¹⁴

Como emenda é lei, conforme artigo 59, I da CR e art. 60, que dispõe sobre sua elaboração e limita sua atuação, e lei não pode prejudicar direito adquirido, quando o legislador, no exercício do poder de reforma, elaborar emenda que venha por em risco ou tenda a eliminar direitos adquiridos da esfera patrimonial de seus titulares, estes podem exigir sua manutenção pela via incidental.²¹⁵

Os direitos adquiridos não obstam o processamento de emendas à Constituição, o que não quer dizer que não sejam oponíveis a estas.

Para o indivíduo que tenha seu direito adquirido abolido ou ameaçado por emenda constitucional que venha a ser elaborada, ela se caracteriza como inconstitucional; o que não ocorre para os demais cidadãos.

É certo que a emenda será válida e incidirá para todos os demais, que não tenham direitos adquiridos por ela afetados. Sendo assim, nesses casos, não se pode argüir a inconstitucionalidade da emenda através de Ação Direta de

²¹³ Afirma Alexandre de Moraes: "A emenda à Constituição Federal, enquanto proposta, é considerada um ato infraconstitucional sem qualquer normatividade (RTJ 136/25), só ingressando no ordenamento jurídico após sua aprovação, passando então a ser preceito constitucional, de mesma hierarquia das normas constitucionais originárias" (MORAES, p. 543).

²¹⁴ "A norma constitucional veiculadora da intocabilidade do direito adquirido *é norma de bloqueio de toda função legislativa pós-Constituição*. Impõe-se a qualquer dos atos estatais que se integram no 'processo legislativo', *sem exclusão das emendas*" (BRITTO e PONTES FILHO, p. 160, grifos nossos).

²¹⁵ Neste caso – com o respaldo do que ensina o mestre Ivo Dantas (DANTAS, p. 33) – até mesmo por meio de Mandado de Segurança, tendo em vista que se se trata de direito adquirido, trata-se de direito líquido e certo que estaria, no caso, sendo ferido pelo Poder Público, através do Legislativo.

Inconstitucionalidade (ADI), perante o STF, exatamente pelo fato de que direito adquirido é um direito subjetivo, individual.²¹⁶

Somente seria possível argüir a inconstitucionalidade, via ADI, de uma emenda, com base somente em direitos adquiridos, se estes fossem estendidos à toda coletividade através da própria Constituição, expressa ou implicitamente, fazendo com que o efeito retroativo ou retrospectivo que sobre eles incidissem, tornasse a lei inconstitucional. Mas, neste caso, tratar-se-ia de tentativa de fraude à Constituição, até porque, provavelmente, o dispositivo seria uma cláusula pétrea, como, por exemplo, aqueles direitos individuais que constam no *caput* do art. 5º.

Tendo em vista o princípio da segurança, que é cláusula pétrea na Constituição brasileira (artigo 5º, *caput*), e o seu decorrente lógico: princípio da segurança jurídica, em consonância com o princípio da legalidade, que pauta o Direito Público, e, conseqüentemente, a atividade do legislador – que só se pode fazer o que a lei permite -, pode-se concluir que se o constituinte originário quisesse permitir que emenda pudesse aniquilar direitos adquiridos, teria assim disposto expressamente na Constituição.

Paulo Modesto diz que

se o direito adquirido *qualquer que seja a sua fonte*, como situação jurídica individual, for oponível também em face da Constituição, ou de *emenda* que a modifique, o poder de reforma estará submetido a limites materiais semelhantes ao do legislador ordinário, contido segundo quase o mesmo grau de condicionamento, *quando toda a lógica do sistema aponta para menores condicionamentos e maior liberdade de iniciativa quanto ao conteúdo possível de alteração*.²¹⁷

Neste trecho, o autor baiano acaba contrariando a idéia de que a Constituição brasileira é rígida. Pelo contrário, diz que a "lógica do sistema" (desconsiderando que o processo de reforma constitucional, que é limitado pela própria Carta, reveste-se de especificidades que o agrava, dificulta) "aponta para menores condicionamentos e maior liberdade de iniciativa quanto ao conteúdo possível de alteração". Assim, vai de encontro à doutrina citada anteriormente (como a de Canotilho e Machado Horta, entre outras), que defende que tal abertura

²¹⁶ Aqui, em consonância com o que entende o professor Paulo Modesto, que defende a "impossibilidade de impugnação ou questionamento da validade da lei nova, na via abstrata de controle de constitucionalidade, sob o fundamento de violação da garantia do direito adquirido, desde que a lei não determine expressamente sua incidência sobre situações anteriores" (MODESTO, p. 449).

transformaria a Carta Magna em documento flexível, Constituição em Branco, colocada livremente ao sabor do legislador ordinário, que é quem aprova as propostas de emendas no Brasil (e por ser o representante do povo, deve executar seu trabalho em conformidade com a Constituição, não podendo, entretanto, fraudá-la, manipulá-la, conforme interesses que não sejam os do povo).

Além do mais, se fosse permitido, de emenda em emenda, serem eliminados os direitos adquiridos pelos indivíduos, como já anteriormente dito, tornar-se-ia "letra morta" a garantia do tão mencionado inciso XXXVI.

Faz-se necessário ter em mente que a proteção ao direito adquirido deve ser pautada na busca do ponto de equilíbrio entre a segurança jurídica, que confere estabilidade às relações sociais, e a possibilidade de mudanças, alterações, substituições, legislativas que tornem possível ao ordenamento jurídico acompanhar o desenvolvimento histórico da sociedade em que é aplicável, sendo, assim, sempre efetivo.

²¹⁷ Novamente transcrevendo texto já devidamente citado acima (ibidem, 451-452, grifos nossos).

REFERÊNCIAS

BRITTO, Carlos Ayres; PONTES FILHO, Valmir. Direito adquirido contra as emendas constitucionais. Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba 2 – Direito Administrativo e Constitucional – Celso Antônio Bandeira de Mello (organizador), 152-161, São Paulo: Malheiros, 1997.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Livraria Almedina, 2000.

CARDOZO, José Eduardo Martins. Da retroatividade da lei. Coleção estudos em homenagem ao Ministro e Professor Moreira Alves, coordenação Arruda Alvim, v. 2, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

DANTAS, Ivo. Direito adquirido, emendas constitucionais e controle da constitucionalidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

FARIA, Luiz Alberto Gurgel de. O Direito adquirido e as emendas constitucionais. Revista Trimestral de Direito Público – RTDP –, v. 22, 46-54, São Paulo: Malheiros, 1998.

HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição, trad. Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

HORTA, Raul Machado. Direito Constitucional. 3ª edição, Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

MACHADO, Hugo de Brito. Direito adquirido e coisa julgada como garantias constitucionais, *in* Revista dos Tribunais, volume 714, 19-26, São Paulo: Revista dos Tribunais, abril/1995.

MODESTO, Paulo Eduardo Garrido. Reforma Administrativa e direito adquirido. ILC: Informativo de Licitações e Contratos, v.5, n.51, 447-462, maio/1998.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional, 12ª ed., São Paulo: Atlas, 2002.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1, de 1969, 2ª ed., t. V, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.

RAMOS, Elival da Silva. A proteção aos direitos adquiridos no Direito Constitucional Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição do retrocesso social no Direito Constitucional Brasileiro, *in* Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada, Estudos em homenagem a José

Paulo Sepúlveda Pertence, Cármen Lúcia Antunes Rocha (Coordenadora), 85-129, Belo Horizonte: Fórum, 2004.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. A constituinte burguesa - Que é o Terceiro Estado?. 2ª tiragem, Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988.

SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. 2a ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 34-50.

_____. Constituição e segurança jurídica, *in* Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada, Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence, Cármen Lúcia Antunes Rocha (Coordenadora), 15-30, Belo Horizonte: Fórum: 2004.

_____. Curso de Direito Constitucional Positivo. 15ª ed., São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA, Zélio Furtado da. Direito Adquirido: À luz da jurisprudência do STF referente ao servidor público. Leme: Editora de Direito, 2000.